

Möglichkeiten und Grenzen der
Vereinheitlichung der deutschen Verfahrensgesetze
unter Berücksichtigung des Prozeßzwecks, der
Dispositionsmaxime, des Streitgegenstandes, der
Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime

von

HANS-JOACHIM DE WIT

Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der
deutschen Verfahrensgesetze
unter Berücksichtigung des Prozesszwecks, der Dispositions-
maxime, des Streitgegenstandes, der Verhandlungs- und der
Untersuchungsmaxime



Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Hans-Joachim de With
aus Gera

Approbiert am: 17.11.1958

Referent: Professor Dr.K.H.Schwab
Dekan: Professor Dr.H.Hubmann

Inhaltsverzeichnis I

Literaturverzeichnis VII

Einleitung

§ 1	Der Ruf nach der Vereinheitlichung der Gesetze .	1
	I Die Forderung zur Einheit der Rechtsprechung	1
	II Die Forderung zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit	2
	III Die Forderung des Grundgesetzes	3
§ 2	Ziel und Weg vorliegender Arbeit	5
	I Ziel vorliegender Arbeit	5
	II Abgrenzung des Themas	5
	III Systematik und Methodik vorliegender Arbeit.	6

1. Abschnitt: Der Prozesszweck

§ 3	Vorbemerkung, das objektive und das subjektive Recht	8
	I Vorbemerkung	8
	II Das objektive Recht	8
	III Das subjektive Recht	8
§ 4	Der Prozesszweck für das Verfahren des bürgerlichen Rechts	11
	I Der Prozesszweck der herrschenden Lehre . .	11
	II Der Prozesszweck subjektiv gesehen	11
	III Der Prozesszweck objektiv gesehen	12
	IV Ergebnis, Bedeutung des Prozesszwecks der ZPO und des AGG	13
§ 5	Der Prozesszweck für das Verfahren des öffentlichen Rechts	14
	I Die Bedeutung des Prozesszwecks für die verwaltungsgerichtsverfahren	14
	II Der Prozesszweck objektiv gesehen	15

III Der Prozesszweck subjektiv gesehen	17
IV Der Prozesszweck als Parallele zu dem der herrschenden Lehre der ZPO und des AGG . . .	19
V Parallelen zwischen Verwaltungsrecht und Zivilrecht, Verwaltungsprozess und Zivilprozess	22
§ 6 Ergebnis	27
I Zusammenfassung	27
II Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung bezüglich des Prozesszwecks	27
2.Abschnitt: Die Dispositionsmaxime	
§ 7 Entwicklung und Wesen der Dispositionsmaxime . .	28
I Terminologie, Prozesszweck und der Grundsatz der Verfügung über den Streitgegenstand . .	28
II Ableitung der Dispositionsmaxime	29
III Grenzen und Möglichkeiten der einheitlichen Einführung der Dispositionsmaxime	30
IV Die von der Dispositionsmaxime betroffenen Institute	32
§ 8 Der Umfang des Rechtsstreits	34
I Begriff; die bereits bestehende Vereinheitlichung	34
II ne ultra petita	35
III Verbot der reformatio in peius	38
IV Der Umfang des Rechtsstreits in den Rechtsmittelinstanzen	41
§ 9 Die Möglichkeiten des Verzichts auf den Fortgang des streitigen Verfahrens	45
I Begriff; die bereits bestehende Vereinheitlichung	45
II Die Rücknahme der Klage	45
III Die Rücknahme der Rechtsmittel	49
IV Der Verzicht auf Rechtsmittel	51
V Der Prozessvergleich	52

VI Das Anerkenntnis und der Verzicht	57
VII Das Versäumnisverfahren	58

3. Abschnitt: Der Streitgegenstand

§ 10 Übersicht über die Entwicklung des Streitgegenstandes im Zivil- und Verwaltungsprozess	62
I Prozesszweck, Dispositionsmaxime und Streitgegenstand; Bestimmung des Streitgegenstandes	62
II Gang der Entwicklung im Zivil- und Verwaltungsprozess	64
III Die Bedeutung der Darstellung der Lehren	66
§ 11 Die Entwicklung des Streitgegenstandes im Zivilprozess	67
I Die Lehre Savignys	67
II Die Lehre Bettermanns	68
III Die prozessualen Theorien	70
IV Die Lehre von Stein-Jonas-Schönke	71
V Die Lehre Nikischs	72
VI Die Lehre Rosenbergs	73
VII Die Lehre Habscheids	73
VIII Die Lehre Schwabs	76
§ 12 Die Entwicklung des Streitgegenstandes im Verwaltungsprozess	79
I Die Lehre vom objektiven Streitgegenstand	79
II Die Lehre Nieses	80
III Die Lehre des BGH	84
IV Die Lehre Bettermanns	86
V Die Lehre Stiefels	89
VI Die Lehre Hausteins	91
§ 13 Ergebnis	95
I Grenzen und Möglichkeiten der einheitlichen Einführung des Streitgegenstandes	95
II Die vom Streitgegenstand betroffenen Institute	95

§ 14 Der Inhalt der Klageschrift	97
I Die Bedeutung der Prozessmaximen	97
II Der Antrag	97
III Der Sachverhalt	98
IV Die Regelung für die ZPO und das AGG	100
V Die Regelung für die VGO, die FGO und das SGG	101
VI Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitli- chung	103
§ 15 Die Klageformen	105
I Abgrenzung	105
II Die Feststellungsklage	106
III Die Leistungsklage	110
IV Die Gestaltungsklage	116
§ 16 Die objektive Klagenhäufung	117
I Begriff	117
II Anwendung des hier gewonnenen Streitgegen- stands	117
III Die Regelung in den einzelnen Verfahren	120
IV Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitli- chung	121
§ 17 Die Klageänderung	123
I Begriff	123
II Anwendung des hier gewonnenen Streitgegen- stands	124
III Besonderheiten im Verwaltungsprozess	126
IV Die Regelungen in den einzelnen Verfahren	129
V Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitli- chung	129
§ 18 Die Rechtshängigkeit	131
I Begriff	131
II Anwendung des hier gewonnenen Streitgegen- stands	131
III Besonderheiten	133
IV Die Regelungen in den einzelnen Verfahren	134
V Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitli- chung	135

§ 19 Die Wirkungen der Rechtskraft	136
I Begriff	136
II Anwendung des hier gewonnenen Streitgegenstands auf den Zivilprozess	140
III Die Präklusion im Zivilprozess	143
IV Anwendung des hier gewonnenen Streitgegenstands auf den Verwaltungsprozess	147
V Die Präklusion im Verwaltungsprozess	149
VI Die Regelungen in den einzelnen Verfahren und die Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung	151
§ 20 Die Bedeutung der Rechtskraft für die am Prozess beteiligten Nebenparteien	153
I Die bisherigen Formen der Beteiligung	153
II gegenüberstellung	154
III Ergebnis der Gegenüberstellung	157
IV Die Regelung in den einzelnen Verfahren	160
V Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung	161
§ 21 Die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf den Streitgegenstand	162
I Gegenüberstellung der Prozessvoraussetzungen des Zivil- und Verwaltungsprozesses	162
II rechtsschutzfähigkeit und Prozessführungsbefugnis	163
III Anwendung der zivilprozessualen Institute auf den Verwaltungsprozess	168
IV Die Regelungen in den einzelnen Verfahren	170
V Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung	171
4.Abschnitt: Die Verhandlungsmaxime und die Untersuchungsmaxime	
§ 22 Die Verhandlungsmaxime und die Untersuchungsmaxime als Prozessgrundsätze	172
I Grundlagen der Maximen	172
II Die Verhandlungsmaxime im Zivilprozess	173
III Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozess	174

IV Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung	175
§ 23 Das Wesen der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime	177
I Gründe der Gegenüberstellung	177
II Das Wesen der Verhandlungsmaxime	177
III Das Wesen der Untersuchungsmaxime	182
§ 24 Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung der von der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime betroffenen Institute	185
I Grenzen der Vereinheitlichung	185
II Die bereits bestehende Vereinheitlichung	186
III Der Zeugenbeweis	187
IV Die Parteivernehmung	187
§ 25 Die richterliche Fragepflicht, die Anordnung des persönlichen Erscheinens und die Wahrheitspflicht.	190
I Die Bedeutung dieser Institute	190
II Die richterliche Fragepflicht	191
III Die Anordnung des persönlichen Erscheinens	193
IV Die Wahrheitspflicht	194
Schluss	
§ 26 Ergebnis	196
I Zusammenfassung	196
II Sonstige Ergebnisse	197

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- A r n d t, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammen zu fassen? DRiZ 57, 198,
- B a c h o f, Der massgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 54, 416,
- B a c h o f, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, zitiert/ Verwaltungsgerichtliche Klage,
- B a c h o f, Gedanken über die künftige Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DRZ 50, 169,
- B a c h o f, Über die Notwendigkeit des Anwaltszwanges, DVBl 54, 392,
- B a r i n g, Die Prozessvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit, AöR Bd. 76, 435,
- B a u m b a c h - L a u t e r b a c h, Zivilprozessordnung, 24.Auflage, 1956,
- B a u r, Die Zersplitterung der Rechtspflege. Einige Vorschläge zur Milderung ihrer Folgen, JZ 55, 303,
- B a u r, Mitteilung über die Zivilprozessrechtslehrertagung in Bingen 1956, JZ 56, 731,
- B e r n a t z i k, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, AöR Bd. 5, 169,
- B e t t e r m a n n, Beiladung, Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozessvergleichung und einer allgemeinen Prozesslehre, DVBl 51, 39,
- B e t t e r m a n n, Anmerkung zu BGH III ZR 280/54 v. 17.5.1956 DVBl 57, 108;
- B e t t e r m a n n, Eigentumsherausgabeklage, Mieträumungsklage und Mietaufhebungsklage, MDR 54, 196,
- B e t t e r m a n n, Mieterschutzgesetz, 1950, 11.Lieferung,
- B e t t e r m a n n, Über die materielle Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. Kritische Bemerkungen zu BGH III ZR 268/51 v. 30.4.1953, MDR 54, 7.

- B e t t e r m a n n, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl 53, 162, 202,
- B e t t e r m a n n, Zur Beweislast im Verwaltungsprozess, DVBl 57, 84,
- B r a u e r, Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der Britischen Zone, MDR 51, 457,
- B u c h h o l z, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im geltenden und künftigen Zivilprozessrecht, JW 37, 2745
- C a r t e l l i e r i, Ein Recht aber wieviel Gerichtsbarkeiten? Zur weiteren Aufspaltung der Bundesgerichtsbarkeit im Jahre 1953, BB 53, 1021,
- C a r t e l l i e r i, Besprechung des Manuskripts "Eine vergleichende Übersicht", BB 54, 724,
- D a h l i n g e r, Die Beweislast im Verwaltungsprozess, NJW 57, 7,
- D a h l i n g e r, Entgegnung auf Newerlas Aufsatz, NJW 57, 620,
- ϕ i e t z - N i k i s c h, Arbeitsgerichtsgesetz, 1954,
- D ü r i g, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 53, 193,
- E y e r m a n n - F r ö h l e r, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, 1950,
- F o t h, Über die Sachbefugnis. Gedanken über ein Thema der allgemeinen Prozessrechtslehre unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsprozessualen Anfechtungsstreits nach der MhVO Nr. 165, ZZP 68, 385,
- F r i e d r i c h s, Die Besonderheiten des preussischen Verwaltungsstreitverfahrens im Verhältnis zu den Verfahren, welche in anderen Rechtsstreitigkeiten stattfinden, und ihre Berechtigung, VerwArchiv 6, 358,
- G e h r i n g, Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess, DÖV 54, 331,
- G i e s e, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4.Auflage, 1955,
- G r u n d m a n n, Zulässigkeit und Begründetheit im Verfahren nach § 24 BVerfGG, JZ 57, 613,
- H a b s c h e i d, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67, 188,
- H a b s c h e i d, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, zitiert: Streitgegenstand,

- H a n s, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht,
DVBl 51, 721,
- H a m a n n, Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeiten?
DVBl 55, 205,
- H a r t m a n n, Die Behauptung der Rechtsbeeinträchtigung
als Prozessvoraussetzung der Anfechtungsklage, DÖV 54, 370,
- H a u e i s e n, Die praktische Bedeutung der Klagen nach
§ 54 Abs. 1 und Abs. 4 SGG, NJW 57, 10,
- H a u e i s e n, Vom rechtmässigen zum rechtswidrigen Ver-
waltungsakt, NJW 56, 201,
- H a u s t e i n, Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozess,
Münch.Dissertation 1955, zitiert: Streitgegenstand,
- H e l l w i g, Klagerecht und Klagemöglichkeit, 1905,
- H o f f m a n n, Die Beweislast im Verwaltungsprozess,
DVBl 57, 606,
- H u f n a g l, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der ame-
rikanischen und britischen Zone, 1950, zitiert: VGG o.VO 165;
- J e l l i n e k, Georg, System des subjektiven öffent-
lichen Rechts, 2.Auflage, 1905, zitiert: System,
- J e l l i n e k, Walter, Verwaltungsrecht, 3.Auflage, 1948,
- K l e i n - E n g e l, Der Zivilprozess Österreichs, 1927,
- K l i n g e r, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen
Zone, 3.Auflage, 1954, zitiert: VO 165,
- K n i e s c h, Die Notwendigkeit der Einheit der Rechts-
pflege, NJW 54, 1137,
- K n i e s c h, Grundriss des Gerichtsverfahrensrechts, 1954,
- K n i e s c h, Zur Vereinheitlichung des Gerichtsverfahrens-
rechts MDR 54, 5,
- K o l l m a n n, Justizeinheit, DVBl 51, 618,
- L e n g l e r, Die Einheit der rechtsprechenden Gewalt als
prozessrechtliches Problem JZ 57, 79,
- L a r e n z, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs?
Zur Frage der Durchführung der Wandlung, NJW 51, 497,
- L e n t, Über die Beseitigung der Rechtszersplitterung,
NJW 54, 1585,

- L e n t, Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozess,
JW 33, 2674,
- L e r c h e, Zum Stand der Lehre vom Streitgegenstand im
Verwaltungsprozess, BayVBl 56, 295,
- L i n n, Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streit-
entscheidung in der Sache, DVBl 56, 817, 849,
- L ö w e - R o s e n b e r g, Die Strafprozessordnung und
das Gerichtsverfassungsgesetz, 20.Auflage, 1953, I.Lieferung,
- M a l i t z k y, Der rechtstheoretische und der gesetz-
technische Begriff des subjektiven Rechts, Bresl.Diss.1929.
- V o n M a n g o l d t, Das Bonner Grundgesetz, 1953,
- v o n M a n g o l d t - K l e i n, Das Bonner Grundgesetz,
2.Auflage, 1957, Band I,
- M e i s s, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der
Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953,
- M e n g e r, System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozessvergleichen-
de Studie, 1954, zitiert: System,
- M a y e r, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Auflage 1924, Bd.I,
- M e y e r, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz und er-
ledigter Verwaltungsakt, DVBl 56, 190,
- M ü n c h e n e r J u r i s t e n t a g, Entschliessung zur
Wiederherstellung und Wahrung der deutschen Rechtsein-
heit, NJW 47-48, 420,
- N a u m a n n, Anmerkung zum Urteil des BGH III ZR 193/51
v.9.7.1953,
- N a u m a n n, Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg
IV OVG A 620/51 v.30.1.1952,
- N a u m a n n, Der voroeugende Rechtsschutz im Verwaltungs-
prozess, in der Gedächtnisschrift für W.Jellinek 1955, S.391,
- N a u m a n n, Die Gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen
der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953,
- N a u m a n n, Prozessuale Fragen der Finanzgerichtsord-
nung, JZ 53, 100,
- N a u m a n n, Zum Stand der Beratung über den Entwurf einer
Bundes-Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl 52, 584,
- N a u m a n n, Zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungs-
klage, DVBl 51, 140,

- N e b i n g e r, Asthma, DÖV 53, 626,
- N e w e r l a, Nochmals: Die Beweislast im Verwaltungsprozess, NJW 57, 619,
- N i e s e, Die allgemeine Prozessrechtslehre und der Rechtskrafteintritt bei zurückgenommenen und unzulässigen Rechtsmitteln, JZ 57, 73,
- N i e s e, Über den Streitgegenstand der Anfechtungsklage, JZ 52, 353,
- N i k i s c h, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935, zitiert: Streitgegenstand,
- N i k i s c h, Zivilprozessrecht, 2.Auflage, 1952, zitiert: Lehrbuch,
- P e t e r s, Das richterliche Fragerecht, JW 38, 1432,
- P e t e r s - S a u t t e r - W o l f f, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Stand Mai 1957, zitiert: SGG,
- R e u s s, Das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Rechte Preussens, 1937,
- R o s e n b e r g, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 5. und 7.Auflage, 1951 und 1956, zitiert: Lehrbuch,
- R ü m e l i n, Rechtspolitik und Doktrin in der Bürgerlichen Rechtspflege, 1926,
- d e S a n d t, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1949, zitiert: VO 165,
- S a u e r, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951,
- S a v i g n y, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 6, 1842,
- S a x, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozessrechtslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen prozessualen Methodik, ZZP 67, 21,
- S c h e u n e r, Selbständigkeit und Einheit der Rechtspflege, DÖV 53, 517,
- S c h l o c h a u e r, Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR Bd.79, 185,
- S c h m i d t, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, 1952,
- S c h o e n, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum 1946-1949 (II), DÖV 50, 110,
- S c h o e n, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozess (II) und (III), DÖV 51, 441 u. 522,

- S c h ö n k e, Zivilprozessrecht, 5.Auflage, 1948,
S o h r ö d t e r, Die prozessuale Behandlung der Vor-
nahmeklage, DVBl 56, 751,
S c h u l t z, Bruno, Einige Gedanken zum Standort des
Verwaltungsgerichtsverfahrens im gefüge einer allgemeinen
Prozessrechtslehre, JR 56, 134,
S c h u l z, Günther, Blick in die Zeit, MDR 54, 531,
S c h u n c k, Zur Klagebefugnis im Verwaltungsstreitver-
fahren, DVBl 56, 365,
S c h u n c k - d e C l e r c k, Landesgesetz über die
Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, 1952,
zitiert: VGG Rh.Pf.,
S c h w a b, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954,
zitiert: Streitgegenstand,
S t a m m l e r, In Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der
Rechtswissenschaft, Bd. IV, S.641, 723, (8 Bände 1926-1937),
S t e i n, Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung,
12.Auflage, 1925,
S t e i n - J o n a s - S c h ö n k e, Kommentar zur Zivil-
prozessordnung, 18.Auflage, 1954,
S t i e f e l, Prozessidee und Streitgegenstand im Verwal-
tungsprozess, NJW 54, 1788,
S t r a u s s, Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grund-
gesetz, SdJZ 49, 523,
S ü s t e r h e n n, Einheitliches Gerichtsministerium?
DVBl 56, 731,
T i e t g e n, Anmerkung zum Urteil des BVerwG VC 145/55
v. 18.4.1956, DVBl 56, 683,
T i e t g e n, Schlusswort, DVBl 57, 86,
v o n T u r e g g, Feststellungsklage im Verwaltungsstreit-
verfahren, MDR 52, 150,
v o n T u r e g g, Gefährliche und gefährdete General-
klausel, 1956,
U l e, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Hand-
kommentar, 1952,
U l e, Über die Notwendigkeit des Anwaltszwanges, DVBl 54, 320,
U l e, Über Nutzen und Nachteile synoptischer Darstel-
lungen, DVBl 54, 491,

- U l e, Zum Verhältnis vom Zivilprozess und Verwaltungsprozess, DVBl 54, 137,
- W a c h, Der Feststellungsanspruch: Leipziger Festgabe für Windscheid, 1888,
- W a c h, Handbuch des Zivilprozessrechts, Bd.I, 1885,
- W a c k e, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR Bd. 79, 158,
- W a g n e r, Albrecht, Die Regierungsvorlage zum Richter-gesetz, JZ 57, 531,
- W a g n e r, Kurt, Das Klagensystem in dem Sozialgerichts-gesetz, NJW 56, 128,
- W a l z, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 51, 436,
- W e b e r, Zur Problematik des Rechtsprechungsministeriums, DVBl 57, 737,
- W e l l m a n n, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage ein Rechtsmittel?, Münster Dissertation, 1953,
- v o n W e r d e r - L a b s - O r t m a n n, Das Ver-fahren vor den Verwaltungsgerichten, Kommentar zu VO 165, 1949, zitiert: VO 165,
- W i d t m a n n, Ist das Vorliegen eines Verwaltungsaktes Prozessvoraussetzung bei Erhebung einer Anfechtungsklage? BayVBl 56, 305,
- W i e o z o r e k, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd.II Teil I, 1957,
- Z i n n, Erhaltung und Fortbildung der deutschen Rechts-einheit, NJW 49, 684,

Bekannte Kommentare sind unter dem Verfassernamen zitiert. Bei Aufsätzen ist nur der Verfassername und die Stellen-angabe wiedergegeben. Im übrigen wird auf die im Literatur-verzeichnis angegebenen Abkürzungen verwiesen.

E i n l e i t u n g

§ 1 Der Ruf nach der Vereinheitlichung der Gesetze.

I Die vom Bonner Grundgesetz und der Rechtslehre erhobene Forderung nach der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bildet den einen wesentlichen Grund für den Ruf nach der Vereinheitlichung der Gesetze.

Die Rechtsprechung als dritte Gewalt fand noch in kaum einer deutschen Verfassung eine mit der im Bonner Grundgesetz vergleichbare, gebührende Regelung (1). Das kommt durch den IX. Abschnitt des Grundgesetzes (Art. 92 ff.) recht deutlich zum Ausdruck. Doch auch vereinzelte sich mit dem Rechtsstaat befassende Leitsätze und Vorschriften, die ausserhalb dieses Abschnitts über die Rechtsprechung aufgestellt sind, lassen die der Rechtsprechung zugemessene Bedeutung erkennen. So bezeichnet Art. 28 Abs. 1 GG - die Grundlage sowohl des Grundgesetzes als auch der Länderverfassungen - die verfassungsmässige Ordnung als "republikanischen, demokratischen und sozialen R e c h t s s t a a t". Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit wird weiter durch Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 1, 3, Art. 20 Abs. 2, 3, Art. 80 Abs. 1 und nicht zuletzt durch den "königlichen" Art. 19 Abs. 4 GG in den Vordergrund gestellt. Der auf diese Art auch der Rechtsprechung beigelegte Nachdruck lässt den in Art. 95 Abs. 1 GG zur Errichtung des Obersten Bundesgerichts aufgeführten Zweck von der "Wahrung der Einheit des Bundesrechts" in einem anderen Licht erscheinen. Der Satz von der "Wahrung der Einheit des Bundesrechts" dient sicher nicht nur als Begründung zur Errichtung eines allumfassenden Obersten Bundesgerichts. Dieser Satz kann wohl vielmehr als G r u n d s a t z und damit als ein verfassungsmässig garantiertes Ziel angesehen werden. Die Literatur ist deshalb sicherlich mit Recht der Meinung, dass das Grundgesetz "den sachlichen Bereich der recht-

(1) dazu Strauss SdJZ 49, 523 ff.; Giese Vorb.zu Art. 92; Kniesch NJW 54, 1137; Zinn NJW 49, 686/7;

§ 11

sprechenden Gewalt in die Verfassungssphäre "erhebe und "so zugleich die Einheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleiste" (1). Die Notwendigkeit zur Angleichung und Vereinheitlichung der Rechtsprechung ist danach eine Forderung des Grundgesetzes.

Damit hat sich die Verfassung einen Grundsatz zu eigen gemacht, den die Rechtslehre schon immer vertreten hat (2). Als Beispiel sei hier nur W.Jellinek angeführt, der mit der überwiegenden Meinung feststellt: "Das oberste Ziel aller Gesetzesanwendung ist Einhelligkeit" (3). Die einzelnen von den verschiedenen Gerichten für verbindlich zu erklärenden Rechtssprüche sollen bei gleichen rechtsfragen auf einer einheitlichen Gesetzesanwendung beruhen. Ein solches Ziel kann nur von einer Rechtsprechung erreicht werden, die alle die verschiedenartigen Rechtsfälle zu einer harmonischen Einheit verbindet.

Eine uneinheitliche, auseinanderstrebende Rechtsprechung widerspricht also dem Grundgesetz und den von der Rechtslehre aufgestellten rechtsstaatlichen Grundsätzen. Es gilt, eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen. Ein grosser Schritt zur Beseitigung der auseinanderstrebenden Rechtsprechung wäre eine einheitliche Gesetzgebung (4). Ja, man kann wohl beinahe sagen, die Einheit der Rechtsprechung kann erst dann konsequent durchgeführt werden, wenn auch die Gesetze eine ihrem jeweiligen Charakter angepasste Angleichung erfahren haben. Denn wie kann die Rechtsprechung im ganzen wirklich einheitlich sein, wenn sogar grundsätzliche Rechtsgedanken verschieden geregelt sind!

- II Die hauptsächlich von der Praxis erhobene Forderung nach der Beseitigung der Rechtsunsicherheit bildet den anderen, vielleicht noch bedeutenderen, wesentlichen Grund zur Vereinheitlichung der Gesetze.

Rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspricht

(1) v.Mangoldt Vorb.2 zu Art.92, vergl.die dort angegebene Literatur dazu;

(2) vergl.Kniesch NJW 54, 1139; ähnlich Stammer in Stier-Somlo-Elster, Bd.IV S.641, 727 ff.;

(3) W.Jellinek, Verwaltungsrecht S.149;

(4) im Gedankengang ähnlich Kniesch NJW 54, 1139; die von d. Münch.Juristentagung 1947 getroffene "Entschliessung zur Wiederherstellung und Wahrung der deutschen Rechtseinheit"

§ 111

nämlich auch eine sich aus einer Vielzahl ähnlicher aber doch nicht gleicher Vorschriften herleitende Rechtsunsicherheit. Gleiche Rechtsgedanken sollten einheitlich geregelt sein! Bei unserer heutigen, oft ohne Rücksicht auf eine kontinuierliche Linie erlassenen, grossen Anzahl von Gesetzen stiften z.B. allein die in den verschiedenen Gesetzen jeweils anders geregelten Fristen eine heillose Verwirrung (1). Das bekommen am meisten die in der Praxis stehenden Juristen zu spüren. Wie sehr geraten oft geübte Juristen in Verlegenheit, da sie fälschlicherweise bei einer Gleichheit von Rechtsgedanken auch gleich geregelte Institute annehmen (2). Ist doch z.B. bei den Verfahrensgesetzen nicht einmal die Gerichtsverfassung einheitlich geregelt. Aber schon selbst aus an sich gleich geregelten aber mit verschiedenen Texten beschriebenen Instituten erwachsen oft Unklarheiten. Wie wohl täte dabei schon oft eine blosser textliche Vereinheitlichung von Gesetzen. Weit mehr wäre natürlich der Beseitigung der Rechtsunsicherheit durch eine Gesetzesangleichung im grossen Masstabe gedient. Es ist verständlich, dass die Forderung nach einer vernünftigen Gesetzesvereinheitlichung gerade aus den Reihen der Praktiker kommt (3).

III Die Einheit der Rechtsprechung und die heute besonders notwendige Beseitigung der Rechtsunsicherheit kann also nur verwirklicht werden, wenn auch die Gesetze in einer ihren jeweiligen Eigenheiten gerecht werdenden Art und Weise vereinheitlicht werden. Aus hauptsächlich diesen Gründen erhob sich besonders in letzter Zeit von eigentlich allen betroffenen Seiten der Ruf nach der Beseitigung der Rechtszersplitterung (4). Der schon in der Verfassung NJW 47/48, 420 hat mit besonderem Nachdruck zur einheitlichen Gesetzgebung aufgefordert; dazu Zinn NJW 49, 684;

(1) vergl. Schulz MDR 54, 532;
(2) vergl. Schulz MDR 54, 532;
(3) vergl. Schulz MDR 54, 532;
(4) Arndt DRiZ 57, 198; Baur JZ 55, 303; Cartellieri BB 53, 1021 u. 54, 724; Haman DVBl 56, 205; Kniesch MDR 54, 5 u. NJW 54, 1137; Kollmann DVBl 56, 618; Lengler JZ 57, 79; Lent NJW 54, 1585; Niese JZ 57, 73; Scheuner DÖV 53, 517 bes. 523 ff.; Schulz MDR 54, 531; Süsterhenn DVBl 56, 741; Ule DVBl 54, 491; Walz DBVl 51, 438; Zivilprozessrechtslehrtage 56 in Bingen, vergl. dazu Baur JZ 56, 731; weitere Nachweise bei Arndt DRiZ 57, 202/3, wobei allerdings mehr auf die blosser Vereinheitlichung der Gerichtsverfassung abgestellt wird;

§ 1 IIII

durch die Forderung nach der Einheit der Rechtsprechung mittelbar zum Ausdruck kommende Auftrag zur Vereinheitlichung der Gesetze kommt auch unmittelbar zum Ausdruck. In Art. 72 Abs. 2 Satz 3 GG wird dem Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Gesetzgebungsbefugnis dann eingeräumt, wenn es die Wahrung der Rechtseinheit erfordert. Das wird als allgemeine Ermächtigung angesehen, der Rechtszersplitterung einen Riegel vorzuschieben und die Rechtseinheit durch eine einheitliche Gesetzgebung zu fördern (1).

Schon bei dieser skizzenhaften Darstellung zeigt sich, wie notwendig es ist, wirklich etwas für die Gesetzesangleichung zu unternehmen. Die Notwendigkeit zur Koordinierung der dem Wesen nach ähnlichen Gesetzestexte folgt nicht nur aus der allgemein erhobenen Forderung nach der Einheit der Rechtsprechung und der Beseitigung der Rechtsunsicherheit. Die Gesetzesangleichung wird mittelbar und unmittelbar von der Verfassung zur Pflicht gemacht.

(1) vergl. Strauss SdJZ 49, 532; v. Mangoldt Bem. 5 zu Art. 72;

§ 2 Ziel und Weg vorliegender Arbeit.

I Einen Beitrag zu der allgemein und zu Recht geforderten Gesetzesangleichung will vorliegende Arbeit leisten. Sie befasst sich mit den Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Entwürfe der Verwaltungsgerichtsordnung und der Finanzgerichtsordnung und des bereits geltenden Sozialgerichtsgesetzes. Das vom Deutschen Anwaltsverein e.V. herausgegebene Manuskript "Eine vergleichende Übersicht", in dem die sich jeweils entsprechenden Vorschriften der oben genannten fünf Verfahrensordnungen anschaulich nebeneinander gestellt sind, wurde als Grundlage benutzt. Es soll hier versucht werden, auf einem geschlossenen Teilgebiet die den verschiedenen Gesetzen innewohnenden Gemeinsamkeiten aufzuzeigen und diese - soweit möglich - durch jeweils für alle Verfahren einheitlich geltende Vorschriften auszudrücken. Dabei werden wir notwendig auf die Grenzen der Vereinheitlichung stoßen. Diese Grenzen sind dort erreicht, wo durch die Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen die Anwendung des materiellen Rechts verhindert oder erschwert werden würde.

Bei dem Aufzeigen dieser Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung wird sich gleichzeitig die Frage beantworten, ob bezüglich des hier zu prüfenden Teilgebietes eine Zusammenziehung in eine einzige Verfahrensordnung (1) möglich ist, ob sich je eine Verfahrensordnung für das bürgerliche Recht und das Verwaltungsrecht bilden lässt (2) oder ob die jetzige bedauerliche (3) Rechtsgestaltung bestehen bleiben muss.

II Unsere Untersuchung über die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der ZPO, des AGG, der beiden Entwürfe der VGO und FGO und des SGG kann sich - wie bereits angedeutet - nicht auf alle Institute erstrecken. Es werden

(1) Kniesch MDR 54, 7 und NJW 54, 1140 sowie sein "Grundriss des Gerichtsverfahrensrechts" S. 18 und Cartellieri BB 53, 1121 ff.;

(2) Lent NJW 54, 1587;

(3) Bachof DRZ 50, 169 ff.; v.Mangoldt Anm.3 zu Art.96;

§ 2II

hier nur Regelungen über das **V e r f a h r e n** untersucht, also nicht solche Institute, die zur Gerichtsverfassung gehören.

Die gesamte Gerichtsverfassung, einschliesslich der Rechtswegvorschriften und der Regelungen über die Ressortzuständigkeit, kann, soweit das noch nicht geschehen ist, unserer Meinung nach aus den einzelnen Verfahrensordnungen herausgenommen und in einem Gesetz, dem zukünftigen GVG, vereinigt werden (1). Das in Vorbereitung befindliche Richtergesetz bedeutet dabei schon einen wertvollen Fortschritt (2).

Aber auch die Untersuchung über die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der einzelnen Verfahrensordnungen verlangt eine Begrenzung. Es soll hier deshalb versucht werden, nur die Prozessinstitute auf die Vereinheitlichung hin zu untersuchen, die unmittelbar vom Prozesszweck, der Dispositionsmaxime, dem Streitgegenstand, der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime bestimmt werden (3). Sie machen den Kern eines Verfahrens aus. Besteht über die Möglichkeiten und Grenzen dieser Institute Klarheit, dann lässt sich überblicken, inwieweit sich überhaupt eine Vereinheitlichung durchführen lässt. Institutionen, die sich auf den ersten Blick zur Vereinheitlichung anbieten, werden nicht Gegenstand besonderer Erörterung sein.

III Richt- und Mittelpunkt unserer Betrachtung wird meist der bereits gründlich ausgebaute Zivilprozess sein. Die verhältnismässig jungen und noch weniger entwickelten anderen Verfahren müssen zwangsläufig auf dem älteren und vielfach bewährten Zivilprozess aufbauen, da die im Zivilprozess entwickelten Grundsätze **a l l g e m e i n** richtungsweise sind (4).

(1) vergl. Kniesch NJW 54, 1140; Lent NJW 54, 1587, Niese JZ 57, 54; Schulz MDR 54, 531; bes. Arndt DRiZ 57, 198; zur Vereinheitlichung der Rechtswegvorschriften und der Ressortzuständigkeit vergl. Süsterhenn DVBl 56, 737;

(2) zu d. ungelösten Fragen Wagner JZ 57, 531;

(3) im Ergebnis werden damit zum grossen Teil die auch von Lent NJW 54, 1589 und Niese JZ 57, 73 zur Untersuchung vorgeschlagenen Institute geprüft;

(4) fast alle Autoren, die in irgendeiner Weise Institutionen der Verwaltungsverfahrensordnungen untersuchen, orientieren sich irgendwie am Zivilprozess, mögen sie auch Erkenntnisse verwerten, die nicht Ausdruck in der ZPO selbst

§ ZIII

Ehe die verschiedenen einzelnen Institute auf die Vereinheitlichung hin geprüft werden können, müssen vorher jeweils die Möglichkeiten und Grenzen der allgemeinen prozessualen Grundsätze untersucht werden, die für alle Vorschriften einer Gruppe von Instituten massgebend sind (1). Dabei schon wird sich zeigen, wie tief die Unterschiede der einzelnen Verfahrensordnungen reichen.

Da der jedes Verfahren bestimmende und charakterisierende (2) Prozesszweck den Grundsatz der Verfügung über den Streitgegenstand (3) und den Streitgegenstand (4) weitgehend bestimmt, ist insoweit bereits der Weg, den vorliegende Untersuchung nehmen muss, festgelegt (5). Die Prüfung über die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime muss dann zwangsläufig den Abschnitten Prozesszweck, Dispositionsmaxime, Streitgegenstand folgen.

Vorliegender Erörterung liegt daher hauptsächlich eine deduktive Betrachtungsweise zugrunde (6). An einzelnen Beispielen soll jedoch in manchen Fällen zusätzlich gezeigt werden, dass sich die gefundenen Ergebnisse praktisch auch bewähren.

gefunden haben. Als Beispiel sei Foth ZZP 68, 358 genannt, der darauf in seinen Eingangsworten deutlich hinweist;

- (1) vergl. Lent NJW 54, 1587 und bes. Niese JZ 57, 73, 74, 75;
- (2) vergl. Sax ZZP 67, 47;
- (3) darauf weist Habscheid, Streitgegenstand S.232 hin: Er begründet die Dispositionsmax. als Ausfluss des subj. rechts, um das es auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehe;
- (4) vergl. Sauer, Allg. Prozessrechtslehre S.103; Niese JZ 52, 353; Bettermann DVBl 53, 163; Ule DVBl 54, 142/3;
- (5) auch Schultz JR 56, 134 stellt bei Prozessvergleichen abgesehen von d. Maximen insbes. auf das "Prozessziel" ab; ähnlich Friedrichs VerwArchiv 6, 360 und Menger, System, S.79;
- (6) zur allgemeinen prozessualen Methodik vergl. Sax ZZP 67, 21, insbesondere 25, 26, 54;

I. Abschnitt: Der Prozesszweck.

§ 3 Vorbemerkung. Das objektive und das subjektive Recht.

I Im folgenden soll der Prozesszweck der einzelnen Verfahren in kurzen Worten aufgezeigt werden. Die Verfahren für das bürgerliche Recht und die öffentlich rechtlichen Verfahren werden dabei der Einfachheit halber vereinfacht als Zivilprozess und als Verwaltungsprozess betrachtet. Das Problem des Prozesszwecks kann beim Zivilprozess sehr kurz und ohne besondere Ausführungen behandelt werden. Beim Verwaltungsprozess muss der Frage nach dem Prozesszweck aus noch später zu ersiehenden Gründen mehr Raum gewidmet werden. Für beide Darstellungen wird es aber von Vorteil sein, wenn über die häufig gebrauchten Begriffe "objektives Recht" und "subjektives Recht" Klarheit herrscht.

II Der Zweck oder der Sinn eines Verfahrens umfasst in einem Rechtsstaat notwendigerweise immer die Gewährleistung des objektiven Rechts. Das ist zur Erhaltung des Rechtsfriedens und der "Rechtsvergewisserung" (1) unter den Parteien nötig. Dazu kann aber ausserdem noch die Gewährleistung des subjektiven Rechts gehören. Dass entsprechend dem objektiven materiellen Recht entschieden werden muss, versteht sich eigentlich von selbst. Das geht schon aus Art. 1 und 97 GG und § 1 GVG hervor. Unter objektivem Recht versteht man den Inbegriff aller Rechtsnormen, an die Verwaltung und Rechtsprechung gebunden sind (2).

III Aus der Norm kann sich aber unmittelbar die Berechtigung eines einzelnen Rechtssubjektes ergeben, die diesem einen konkreten Anspruch auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen (3)

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 1 III 2;

(2) vergl. Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 62;

(3) vergl. Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 63;

§ 3III

gibt. Das wird allgemein gesprochen als das subjektive Recht angesehen.

Die heute herrschende Meinung zerlegt den Begriff des subjektiven Rechts in das Interesse und die Willensmacht (1). Das Interesse besagt, dass für eine bestimmte Person, eine Personenmehrheit oder die Allgemeinheit ein auf ein bestimmtes Ziel gerichteter Wunsch vorliegt. Die Willensmacht kennzeichnet die Durchsetzbarkeit gegenüber anderen in Ausübung des Rechts. Das kann durch Gestaltung in Form der blossen Willenserklärung oder in Form der Klage verwirklicht werden. Man kann also mit der herrschenden Lehre sagen, ein subjektives Recht ist "die von der Rechtsordnung zur Befriedigung eines Interesses gewährte Willensmacht" (2).

In diesem Zusammenhang sei hier noch als Grundlage für spätere Erörterungen (3) über die Prozessführungsbefugnis, Popularklage und Sachlegitimation auf folgendes hingewiesen: W.Jellinek (4) definiert das subjektive Recht als "die Willensmacht, die dem Willensträger im Eigeninteresse verliehen ist". Er will damit ausdrücken, dass die Willensmacht und das Eigeninteresse stets in einer Person vereinigt sein müssen. Eine solche Definition ist aber unter Berücksichtigung der Prozessführungsbefugnis zu eng (5). Falls nämlich auf Grund besonderer materieller Ermächtigung eine Klage im eigenen Namen aber aus fremdem Recht erhoben wird (Fall der Prozessführungsbefugnis oder Prozesstandschaft (6)), dann steht dem Willensträger in Wirklichkeit ein Eigeninteresse nicht zu. Interessenträger und Willensträger sind durch eine Ausnah-

(1) diese "kombinierte Theorie" vertreten: Georg Jellinek, System, S.43 ff. insbes. 44; Bernatzik ABR Bd. 5, 263; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S.201; Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S.64; diese Theorie wird auch allgemein im Privatrecht vertreten, vergl. Malitzky, Der rechtstheoretische und der gesetzestechnische Begriff des subjektiven Rechts, Bresl. Dissertation, 1929, S.20, 41;

(2) vergl. Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S.64;

(3) vergl. S. 16, 19, 83, 167 ff.;

(4) vergl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S.201;

(5) vergl. Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S.63 ff.;

(6) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 45 II 2;

§ 3III

mevorschrift auseinandergerissen (1). Man denke an die Klage des Ehegatten nach § 1421 BGB (§ 1443 Abs. 1 BGB in der bis 30 Juni 1958 geltenden Fassung). Bei der Popularklage - Klage im eigenen Namen aus dem Recht eines x-beliebigen Dritten oder der Allgemeinheit, wobei eine gesetzliche Ermächtigung nicht besteht - liegt ein Fall der Prozessführungsbefugnis gerade nicht vor: Die Möglichkeit zur Prozessführungsbefugnis wird behauptet, besteht aber nach materiellem Recht nicht. Es fehlt die besondere materielle Ermächtigung dafür, dass der Willensträger das Interesse eines x-beliebigen Dritten oder das der Allgemeinheit geltend machen kann. Ein subjektives Recht liegt also nicht vor, da bei dem subjektiven Recht der Willensträger entweder im Eigeninteresse oder durch besondere Ermächtigung im Interesse eines Dritten handelt.

Wenn in vorliegender Arbeit der Begriff subjektives Recht gebraucht wird, dann sind damit die subjektiven Rechte gemeint, die in unserem rechtsgebiet durch materielle Gesetzgebung herrschen: Individualrechte. Fast immer ist nämlich das Interesse und die Willensmacht in einer Person vereinigt. Die Möglichkeit der Prozessführungsbefugnis, wobei aus dem Recht eines Dritten geklagt wird, ist selten. Ganz ausserordentlich selten ist die Möglichkeit, bei der aus dem Interesse der Allgemeinheit geklagt wird (2).

(1) so Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S.63 ff. Bernatzik AöR Bd. 5, 263; G.Jellinek, System S.69 ff., insbes. 71;
(2) Beispiel: § 19 GaststättenG, dazu DVBl 50, 575 ff. mit Anm.von Bachof;

§ 4 Der Prozesszweck für das Verfahren des bürgerlichen Rechts.

I Nach der heute herrschenden Meinung ist es Zweck des Zivilprozesses, das objektive und damit - als "Mittel und Wirkung" (1) - das subjektive Recht zu wahren (2). Der Zivilprozess soll in staatlichem Interesse die Rechtsordnung bewahren und den Rechtsfrieden herstellen und erhalten. Wenn der Zivilprozess auf diese Weise das objektive Recht wahrt, dann muss er notgedrungen genauso das subjektive Recht wahren. Da nämlich die Verletzung des subjektiven Rechts gleichzeitig eine Verletzung des objektiven Rechts bedeutet, wird durch die Wahrung des objektiven Rechts in gleichem Masse das subjektive Recht gewahrt (3). Das subjektive Recht ist "Mittel und Wirkung" der Wahrung des objektiven Rechts insoweit, als auf Initiative des verletzten Bürgers hin wegen einer Verletzung des subjektiven Rechts- und damit auch des objektiven Rechts - die Herstellung des objektiven und des subjektiven Rechts erfolgt. Der Prozess des Zivilprozesses hat somit "den Schutz von beidem, die Bewährung des objektiven Rechts durch Schutz des auf seinem Boden sich ergebenden subjektiven Rechts" (4) zum Ziel.

Im Vergleich zum Verwaltungsprozess wird später wichtig, dass hier die Wahrung von beidem, des objektiven und des subjektiven Rechts, als Prozesszweck angesehen wird. Die beiden unten angeführten anderen Richtungen, die im wesentlichen immer nur eine Seite in den Vordergrund stellen, werden von der herrschenden Lehre mit Recht abgelehnt.

II Nach der von Wach (5), Hellwig (6) und Stein (7) vertrete-

- (1) Rosenberg, Lehrbuch, § 1 III 2;
- (2) Rosenberg, Lehrbuch § 1 III, IV, § 2 II 3 a; Schönke, Zivilprozessrecht, S.4; Wieczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, A II b; wohl auch Baumbach-Lauterbach, Einl. III 2 A; Klein-Engel, Der Zivilprozess Österreichs, S.192; Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, S.1; Stein-Jonas-Schönke, 18.Auflage, Einleitung C;
- (3) vergl. Rosenberg, § 1 III 2;
- (4) Stein-Jonas-Schönke, 18.Aufl., Einleitung C;
- (5) Handbuch des Zivilprozesses, Bd.I, S.12 ff., der Feststellungsanspruch: Leipziger Festgabe für Windscheid, S.73;
- (6) Klagerecht und Klagemöglichkeit, 1905;
- (7) Stein-Jonas, 17.Aufl., 1925, Vorb.3 zu § 253;

§ 4II

nen Auffassung soll der Prozess - grob gesprochen - dem in seinem Recht beeinträchtigten Teil in erster Linie zum Vorteil des Einzelinteresses den diesem zustehenden Rechtsschutz gewähren. Diese früher verbreitete Theorie wurde dann zum "Rechtsschutzanspruch" der Parteien ausgebaut. Der Partei wurde ein Anspruch gegen den Staat auf den ihrer Rechtslage entsprechenden günstigen Rechtsschutz gewährt. Aus dem Prozesszweck ergibt sich jedoch ein derartiger Anspruch nicht (1). In der Streitsache liegt nämlich nicht nur "ein dem Staat fremdes individuelles Interesse" (Wach), wobei sich vor den Schranken des Gerichts ein sportlicher Wettstreit durch Messen der Klugheit und Findigkeit abspielt, denn es kann dem Staat nicht gleichgültig sein, nach welchen Interessen er Recht spricht (2). Die Hauptaufgabe des Richters erschöpft sich nicht darin, zu versuchen, den Parteien einen ihrer Rechtslage entsprechenden günstigen Rechtsschutz zu gewähren. Er hat vielmehr durch Wahrung des subjektiven Rechts das objektive Recht zu verwirklichen und damit den Rechtsfrieden wieder herzustellen.

Die Lehre von dem Rechtsschutzanspruch erklärt sich aus der früheren staatsrechtlichen Auffassung, dass im Vordergrund allein das Individualinteresse stehe und diesem dementsprechend Nachdruck zu verleihen sei. Diese Überbetonung der Gewährleistung des subjektiven Rechts muss abgelehnt werden.

III Aber auch die Anschauung, nach der der Zivilprozess im Allgemeininteresse das Recht bewähren, verwirklichen und durchführen soll (3), darf nicht einseitig zur Überbewertung des objektiven Rechts führen. Diese Meinung lässt sich nur insoweit rechtfertigen, als damit nicht allein die Wahrung des objektiven Rechts gemeint ist. Den Prozess als "Verwaltungsmassregel" zu betrachten, geht zu weit. Denn ehe objektives Recht gewahrt werden kann,

(1) Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl. Einleitung D II 1; Rosenberg, Lehrbuch, § 90 IV; Habscheid, ZfP 67, 188 ff.;

(2) Schönke, Zivilprozessrecht S.3/4;

(3) Klein in Klein-Engel, der Zivilprozess Österreichs, 1927, S.186 ff., in der Richtung auch Schönke, Zivilprozessrecht S.3;

§ 4III

muss überhaupt Klage erhoben werden. Diese Voraussetzung wurzelt aber in der Anerkennung subjektiver Rechte, die zu erhalten und dem einzelnen verwirklichen zu helfen, dem Staat ebenso wichtig sein muss.

IV Wir sehen also, dass der Prozesszweck davon abhängt, "wie man das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft betrachtet" (1). Der Prozess darf nicht nur einer Seite dienen. Es gilt, die Wahrung des objektiven und des subjektiven Rechts zu gewährleisten.

Das soeben Aufgezeigte gilt im wesentlichen für den Zivilprozess, dem das Arbeitsgerichtsverfahren zugeordnet werden kann, da es wie das Handelsrecht aus dem bürgerlichen Recht hervorgegangen ist (2) und noch heute die Verflechtung in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt (3).

Obige Auffassung wurde nur aufgezeigt und nicht entwickelt, da für den Zivilprozess die Meinungen über den Prozesszweck ziemlich einhellig sind und auch dem Verwaltungsgerichtsverfahren gegenüber keine Veranlassung zu einer ausführlicheren Darstellung besteht. Festgehalten werden muss, dass diese heute herrschende Meinung nur eine Interpretation des Zivilprozesses ist, der bestehende Zivilprozess also nicht in seinem Charakter bewusst danach ausgerichtet wurde. Dieser unserer Interpretation vom Prozesszweck des Zivilprozesses steht auch nicht das Grundgesetz entgegen. Es findet sich jedenfalls keine Vorschrift, die etwas anderes anzunehmen gebietet. Da in der Literatur auch keine Tendenzen bestehen, die ZPO und das AGG in dieser Richtung irgendwie zu ändern, wird der Zivilprozess auch als älterer und gefestigter Prozess das Verfahren sein, nach dem sich die anderen noch wandelbaren Verfahrensordnungen zwangsläufig orientieren müssen.

(1) Schönke, Zivilprozessrecht S.3;

(2) Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, Einl.S.39;

(3) Baur JZ 55, 304 Spalte 2 mit Angabe von Entscheidungen;

§ 5 Der Prozesszweck für das Verfahren des öffentlichen Rechts.

I Zu untersuchen ist jetzt, ob und gegebenenfalls warum der Prozesszweck der Verwaltungsgerichtsverfahren - die drei Verfahren zusammengekommen - denselben Grundsätzen wie denen des Zivilprozesses entsprechen muss. Der für das Verfahren von Parteistreitigkeiten in Frage kommende Prozesszweck kann ausser Betracht bleiben, dieser entspricht dem der ZPO. Wesentlich ist allein der solcher Verfahren, die Streitigkeiten des Bürgers gegen eine hoheitlich tätig gewordene Behörde vor den Verwaltungsgerichten behandeln. Dabei muss etwas weiter ausgeholt werden, da sich auf diesem Gebiet die Meinungen zum Teil noch schroff gegenüberstehen. Das erklärt sich teilweise aus dem noch verhältnismässig jungen Alter des Verwaltungsprozesses. Der entscheidende Grund aber ist wohl ein anderer. Während im Zivilprozess - wie bereits angedeutet - dieser Streit mehr oder weniger theoretisch ist, weil damit der schon bestehende Prozess nur erklärt wird, wird der Prozesszweck für das Verwaltungsgerichtsverfahren praktisch. Im Gegensatz zum Zivilprozess kann und soll nämlich in den Verwaltungsgerichtsordnungen das noch nicht gefestigte Bild nach den für den Prozesszweck gewonnenen Erkenntnissen ausgerichtet und geformt werden. Das wird sich später besonders bei dem Problem der konsequenten Durchsetzung der Dispositionsmaxime und bei der Frage nach der Regelung des Streitgegenstandes zeigen.

Im Verwaltungsprozess sind beinahe ebenso wie im Zivilprozess zwei Richtungen zu erkennen. Die jeweils verschiedene Auffassung vom Prozesszweck hat allerdings anders als im Zivilprozess auch verschiedene Auffassungen von den Grundsätzen über die Verfügungsgewalt über den Streitgegenstand und den Streitgegenstand zur Folge, so dass sich bei der Aufstellung von Vorschriften Unterschiede

§ 5I

ergeben müssten. Eine ausdrückliche Vereinigung dieser gegensätzlichen Auffassungen, womit eine vollkommene Gleichstellung mit dem Prozesszweck des Zivilprozesses herbeigeführt wird, findet sich bei Sauer (1), Stiefel (2) und Gehring (3). Aber auch andere Autoren haben eine Übereinstimmung angedeutet.

II Die konservative Richtung wird heute in der Hauptsache von Meiss (4) und Niese (5) vertreten (6). Für sie ist der Verwaltungsprozess der verlängerte Arm der Verwaltung, die Fortsetzung der Tätigkeit der Verwaltung mit anderen Mitteln (7). Nach ihrer Auffassung wird durch den Verwaltungsprozess die Rechtmässigkeit der Verwaltung gewahrt. Sie glauben, dass es nur um die Wahrung des objektiven Rechts gehe. Sie glauben nicht, dass der Verwaltungsprozess auch der Durchsetzung privater Interessen - der Durchsetzung des subjektiven Rechts - zu dienen habe.

Ausgangspunkt dieser Ansicht ist eine einseitige Betrachtung der durch das Über-Unterordnungsverhältnis entstandenen Situation. Entscheidend sei, dass die öffentliche Gewalt dem Staatsbürger mit dem Privileg gegenüber trete, "für die Durchsetzung ihrer obrigkeitlichen Ansprüche nicht erst ein Gericht anrufen zu müssen, sondern selbst durch Verwaltungsakt bestimmen zu können, was Rechtens sein soll" (8). Diese vom Zivilprozess verschiedene Eigenart des Verwaltungsprozesses lasse jeden Versuch scheitern, "seine Grundstruktur durch Vergleiche mit dem Zivilprozess dogmatisch zu erhellen" (9). Das materielle Zivilrecht gestatte nämlich den Parteien von vorn herein, ihre Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten. Dort werde deshalb geprüft, ob dieses oder jenes Gestaltungsrecht von der einen oder anderen Partei auch wirklich mit Recht ausgeübt werden kann.

(1) allgemeine Prozessrechtslehre, S.42;

(2) NJW 54, 1788;

(3) DÖV 54, 332/3;

(4) die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verlag V.F.Müller, Karlsruhe, 1953, S.28 ff.;

(5) JZ 52, 353 ff.;

(6) diese Richtung hat bes.Ule gekennzeichnet, DVBl 54, 142 ff.;

(7) Meiss, a.a.O., S.28;

(8) Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage S.55 von Niese

zitiert JZ 52, 355;

(9) Niese JZ 52, 355;

§ 5II

Damit diene der Zivilprozess der Durchsetzung von Privat-rechten, also subjektiven Rechten, deren Existenz aus eigener Machtvollkommenheit nicht gewahrt werden könne. - Im öffentlichen Recht dagegen würden vor dem Prozess in dem Sinne **k e i n e** individuellen Rechtsverhältnisse gestaltet. Der Staat habe vielmehr auf Grund eigener **Machtvollkommenheit** - was im bürgerlichen Recht nicht möglich sei - eine verbindliche Entscheidung durch einen Verwaltungsakt getroffen. Deshalb gehe es allein um die Rechtmässigkeit dieser obrigkeitlichen Tat. Der Verwaltungsprozess könne daher nicht das Privatinteresse einer Partei - das subjektive Recht - wie im Zivilprozess durchsetzen. Er diene nur mehr der Herstellung der allgemeinen Gesetzlichkeit, der Wahrung des objektiven Rechts.

Niese gibt also dem klagenden Bürger kein Eigeninteresse. Durch "Betroffensein" löst er vielmehr nur ein Verfahren aus, in dem stets allein die Allgemeinheit - das Staatsinteresse wie im Strafprozess - sachlegitimiert (1) ist. Denn es geht stets nur um das Allgemeininteresse. Der klagende Bürger erhebt im eigenen Namen aber aus dem Recht der Allgemeinheit Klage! Er tritt als Prozessführungsbefugter auf wie der Privatkläger oder im Klageerzwingungsverfahren der Antragsteller, die ja beide im eigentlichen Sinn nicht aus eigenem Recht klagen. Es fällt Niese ebenso wie Meiss schwer, die Rolle des klagenden Staatsbürgers zu klassifizieren und die teilweise zu dessen Schutz erlassenen Vorschriften zu erklären. Sie glauben zwar, dass der Verwaltungsprozess dem Schutz des Bürgers dienen soll, trotzdem fassen sie ihn als eine "durch die private Initiative im Wege des Rechtsschutzes in Gang gebrachte Kontrolle, die in einem förmlichen Verfahren mit Rechtsschutzgarantie durchgeführt wird" (2) auf. Sie geben dem klagenden Bürger nur die Stellung eines "Sachwalters der Allgemeinheit" (3), dessen individuelles Rechtsschutzbedürfnis gleichsam

(1) zum Begriff der Sachlegitimation überhaupt und insbesondere im Strafprozess: Foth ZZP 68, 361; Schmidt, Eb., Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, 1952, Nr.98 ff

(2) Meiss, die gesetzliche Abgrenzung der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verlag C.F.Müller, Karlsruhe 1953, S.28;

(3) Niese JZ 52, 356;

§ 5II

nur zum "Vehikel des öffentlichen Interesse an der Gesetzmässigkeit der Verwaltung" (1) werde.

Auf Grund ihrer objektiven Auffassung vom Prozess können Niese und Meiss den klagenden Bürger nicht anders in ihr Prozesssystem eingliedern. Aber gerade hier wird der Mangel ihrer Theorie klar. Die dem klagenden Bürger übertragene Rolle wirkt gekünstelt. Die an dieser Stelle einsetzende Kritik ist berechtigt (2). Es ist kaum vorstellbar, dass der klagende Bürger stets nur die Interessen der Allgemeinheit nicht aber seine eigenen wahrnimmt und dass der Verwaltungsprozess deshalb nur der Wahrung des objektiven Rechts und der Wahrung des Allgemeininteresses, nicht aber auch der Wahrung der Privatinteressen dient, d.h. der Wahrung subjektiver Rechte, die aus Individualinteressen bestehen (3).

III Im Gegensatz und gleichzeitig als Kritik hierzu betonen Naumann (4), Bettermann (5) und besonders Ule (6) das subjektive Recht des Rechtssuchenden, das hier wie im Zivilprozess zu wahren sei. Sie werfen der Gegenseite vor, eine veraltete und beinahe schon überwundene Meinung wieder ausgegraben zu haben.

Sie können ihrerseits auf eine - wenn auch nicht so alte - so doch stetige Entwicklung zurückschauen (7). Wenn auch die von Meiss und Niese vertretene Anschauung dem Aufbau der preussischen Verwaltung vor und nach 1918 entspricht und bereits 1911 von Philipp Zorn in der Festgabe von Paul Krüger geäussert wurde (8), so findet sich doch die andere Meinung ebenfalls schon im 19. Jahrhundert vor allem von der süddeutschen Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelt (9). Von Sarwey

(1) Niese JZ 52, 356;

(2) vergl. Fussnote 5;

(3) vergl. S. 8, 9 und 10;

(4) die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1953, S. 19 ff. und DVBl 56, 589;

(5) DVBl 53, 163;

(6) DVBl 54, 137 ff. insb. 142/3;

(7) folgende Übersicht findet sich bei Ule DVBl 54, 141;

(8) a.a.O. S. 511 ff.;

(9) das verkennt auch Meiss nicht, a.a.O., S. 27;

§ 5III

hielt schon im Jahre 1880 die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, deren Aufgabe wie bei der Zivilrechtspflege die Wahrung des subjektiven Rechts sei (1). Diese Lehre führten zur Zeit der Weimarer Verfassung Fleiner (2) und W.Jellinek (3) weiter. Beide erheben die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Zivilrechtspflege in den gleichen Rang und sehen im Verwaltungsprozess die für den Staatsbürger geschaffene Möglichkeit, sein Recht durchzusetzen. Die Bewährung des subjektiven Rechts wird damit der des objektiven gegenübergestellt, mehr noch, der Wahrung des objektiven Rechts gegenüber sogar in den Vordergrund gerückt. Schon damals bildete sich ein Gegensatz Zorn, O.Mayer einerseits und Fleiner, Jellinek andererseits.

Bettermann, der wie Naumann und Ule diese Meinung nur fortführt, lehnt sich besonders an die schon vorhandenen Gesetze und das Grundgesetz an. Bettermann glaubt, dass es Sache des Gerichts sei, den "Schutz der Freiheit des Individuums und seiner Rechte, insbesondere der Grundrechte" (4) zu wahren. Dazu führt er Art. 107 WRV und Art. 19 Abs. 4 GG an. Wegen der in diesen Vorschriften hervorgehobenen Betonung des individuellen Rechtsschutzes gegen Übergriffe der Verwaltung lehnt Bettermann einen Vergleich mit dem Strafprozess ab. (Niese hatte den Strafprozess als Vergleich herangezogen). Der Strafprozess sei ein objektives Verfahren, nicht aber der Verwaltungsprozess. Die Wahrung des subjektiven Rechts wird damit in den Vordergrund gestellt.

Im Gegensatz zu der zuerst erwähnten Theorie gilt es damit hier für den Bürger, sein eigenes Recht zu wahren. Damit wird zutreffend vorausgesetzt, dass der klagende Bürger auch materiell berechtigt ist, sein ihm zustehendes Recht geltend zu machen. Nach Better-

(1) Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880 S.164;

(2) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl. 1928, S.59;

(3) Verwaltungsrecht S.299, 300;

(4) Bettermann DVBl 53, 164; auf Bettermanns Standpunkt steht auch das OVG Münster (DVBl 56, 275;);

§ 5III

mann ist er nicht Prozessführer und "Sachverwalter der Allgemeinheit" (Niese), um im Interesse aller als Initiator die Fortführung der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu garantieren. Er ist wie im Zivilprozess jetzt sachlegitimiert, **s e i n** Recht im Wege der gerichtlichen Entscheidung durchzusetzen. Die Wirkung des Über-Unterordnungsverhältnisses wird nicht übersehen. Besonders Naumann weist mit Recht darauf hin, dass diesem nicht der von Niese bezeichnete Charakter innewohnt, denn auch dem Bürger stünden im öffentlichen Recht Ansprüche und Rechte zu, so dass durchaus individuelle Rechtsverhältnisse entstehen und gestaltet werden könnten. Von dieser zutreffenden Voraussetzung ausgehend - der Annahme subjektiver Rechte - ist es Zweck des Verwaltungsprozesses, dem Bürger die Möglichkeit der Geltendmachung seiner Rechte zu erhalten.

Wie wir im folgenden sehen werden, ist dieser Auffassung im grossen und ganzen zuzustimmen. Meiss' und Nieses Auffassung, nach der es Zweck des Verwaltungsprozesses ist, allein das objektive Recht zu wahren, um die darauf zurückzuführende Konstruktion von der Prozessführungsbefugnis des klagenden Bürgers wurden mit Recht abgelehnt. Auch im Verwaltungsprozess muss wegen der Gestaltung individueller Rechtsverhältnisse - besonders auf Grund des Art. 19 Abs. 4 GG - die Wahrung des subjektiven Rechts gewährleistet sein. Naumann, Bettermann und Ule betonen aber die Notwendigkeit zur Wahrung auch des objektiven Rechts zu wenig. Das ist wahrscheinlich durch den von ihnen eingenommenen Gegensatz zu Meiss und Niese zu erklären.

IV Eine ausdrückliche Verbindung der geschilderten beiden Theorien nahmen Stiefel und Gehring vor (1). Man muss natürlich dabei berücksichtigen, dass schon Naumann, Bet-

(1) Stiefel NJW 54, 1788; Gehring DÖV 54, 332/3, Gehring übt damit gleichzeitig wie Bettermann und Ule Kritik an Nieses Ausführungen in JZ 52, 353;

§ 5IV

termann und Ule eine gewisse Verbindung brachten. Es darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass auch Stiefel und Gehring das subjektive Recht in den Vordergrund stellen. Wie Stiefel und Gehring behauptet zwar auch Sauer (1), dass als Prozesszweck des Verwaltungsprozesses die Gewährleistung des objektiven und des subjektiven Rechts angenommen werden müsse. Sauer beschränkt sich jedoch einfach auf diese Feststellung, ohne eine Begründung zu geben und auf die Probleme einzugehen. Gehring kommt von allgemeinen Grundsätzen her. Hier soll die Ableitung Stiefels wiedergegeben werden.

Stiefel nimmt eine vollkommene Gleichstellung des Prozesszwecks - er nennt es Prozessidee - des Zivilprozesses und des Verwaltungsprozesses vor: "Wenn es als Aufgabe des Zivilprozesses angesehen wird, der Bewährung des Rechts durch Gewährung von Rechtsschutz sowie der Bewährung des Rechtsfriedens zu dienen (Schönke), und wenn Aufgabe des Strafprozesses die Bewährung des Strafrechts durch Urteil ist, dann ist Aufgabe des Verwaltungsprozesses die Bewährung der rechts- und sozialstaatlichen Ordnung durch Gewährung von Rechtsschutz gegenüber der hoheitlichen Gewalt" (2). Als Prozesszweck des Verwaltungsprozesses wird damit wie im Zivilprozess die Wahrung des objektiven und des subjektiven Rechts angesehen.

Stiefel entwickelt seine Meinung aus dem "Zusammenhang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mit der verfassungsrechtlichen Garantie subjektiver öffentlicher Rechte" (3) und aus dem Prinzip der Gewaltenteilung (4). Unser Staat vermittele dem Bürger nicht nur materielle Ansprüche öffentlicher Art - Stiefel setzt diese einfach voraus - sondern auch prozessuale Ansprüche zur Durchsetzung dieser materiellen Rechte. Die Garantie dieser prozessualen Ansprüche habe

(1) Allgemeine Prozessrechtslehre, S.42; ähnlich Friedrich's VerwArchiv 6, 360 und Menger, System, S.79, der sich auf Friedrichs bezieht;

(2) Stiefel NJW 54, 1790;

(3) Stiefel NJW 54, 1789;

(4) Stiefel NJW 54, 1790;

§ 5IV

das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 GG als "formelles Hauptgrundrecht" statuiert. - Insoweit folgt Stiefel Bettermann. In seiner Ableitung aber ist Stiefel ausführlicher. - Art. 19 Abs. 4 GG gewährt nach Stiefel die "Willensmacht, die dem Staatsbürger in dessen Individualinteresse zur Ermöglichung der gerichtlichen Überprüfung solcher Ansprüche verliehen ist, die sich aus der Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt ergeben" (1). Sei aber zum Schutz individueller Rechte die Willensmacht, durch die auch Grundrechte erst ihren vollen Charakter als subjektive Rechte erhalten, derartig garantiert, dann sei damit ein Auftrag an die Gerichte gegeben, die Funktion der subjektiven Rechte zu erhalten.

Diese Folgerung ist auch zutreffend. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet in der Tat als "formelles Hauptgrundrecht" die Willensmacht, die einem Bürger die prozessuale Vertretung der ihm durch das materielle Recht gewährten Rechte insoweit ermöglicht, als Rechtsschutz bei Verletzung durch die öffentliche Gewalt garantiert wird. - Da damit ausserdem zugleich das Vorhandensein von Rechten, die im Eigeninteresse für den mit einer Willensmacht ausgestatteten Bürger stehen, vorausgesetzt wird - dass es solche gibt, zeigt schon Art. 1 GG als materielles Hauptgrundrecht -, kann tatsächlich von einem verfassungsrechtlichen Auftrag zur Wahrung des subjektiven Rechts gesprochen werden.

Stiefel erkennt aber zugleich an, dass dem Gericht ein Kontrollrecht der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zusteht. Damit lehnt er sich an Meiss und Niese an. Das ergebe sich schon aus dem Prinzip der Gewaltenteilung, denn damit sei dem Gericht die Rolle zugedacht, die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt zu kontrollieren (2).

(1) Stiefel NJW 54, 1789;

(2) Stiefel NJW 54, 1790;

§ 5IV

Auch das trifft zu. Diese Tatsache ist ohne weiteres auf den Art. 1 und 97 GG und § 1 GVG zu entnehmen.

Damit kommt Stiefel zu einer zutreffenden, sinnvollen Vereinigung von zwei an sich auseinanderstrebenden Richtungen. Auch für den Verwaltungsprozess muss notwendig Prozesszweck die Gewährleistung des subjektiven und des objektiven Rechts sein. Die stärkere Betonung des subjektiven Moments lässt sich durch die vielfache Ablehnung dieses Teils des Prozesszwecks erklären.

Stiefel entwickelt wie Bettermann jedoch die Pflicht zur Wahrung des subjektiven Rechts allein aus dem "formellen Hauptgrundrecht". Er setzt das von Niese als nicht vorhanden angesehene Eigeninteresse, das erst die Grundlage subjektiver Rechte bildet, einfach voraus. Er kann es freilich deshalb als gegeben annehmen, weil Art. 19 Abs. 4 GG derartige Eigeninteressen voraussetzend auf diese Bezug nimmt: Art. 19 Abs. 4 GG beinhaltet dadurch, dass es jedem in seinen Rechten Verletzten eine Klagemöglichkeit garantiert, zwar nur einen Teil des subjektiven Rechts, nämlich die Willensmacht der Gestaltung durch Klage. Damit aber wird das einem Willensträger notwendig zustehende Eigeninteresse, in dessen Sinn zu gestalten ist - das von Niese abgelehnte Recht-, einfach vorausgesetzt (1). Zum Nachweis des Eigeninteresses im Verwaltungsprozess und um Nieses Meinung kritisch zu würdigen, soll versucht werden, insoweit das Zivilrecht und das Verwaltungsrecht auf Parallelen zu untersuchen.

V Aus Nieses Ausführungen muss man - wie bereits dargelegt (2) - schliessen, dass er Eigeninteressen im Verwaltungsrecht entweder nicht für gegeben oder zumindest dem Allgemeininteresse gegenüber für so unbedeutend hält, dass

(1) so auch Bachof DRZ 50, 344, zitiert in der Verwaltungsgerichtlichen Klage S.84/5, wo sich dieselbe Ansicht findet;

(2) vergl. S. 16 ff.;

§ 5V

es in der Bedeutung für den Prozesszweck ausser Betracht bleiben kann. Parallelen mit dem Zivilprozess müssten deswegen abgelehnt werden, weil es im Verwaltungsrecht die Gestaltung eines individuellen Rechtsverhältnisses, "das etwa zwischen dem Staat und dem einzelnen 'angesprochenen' Staatsbürger durch den Verwaltungsakt entstanden wäre" (1), nicht gäbe.

Folgende Gründe sprechen gegen Nieses Meinung: Wie schon besonders Naumann ausgeführt hat (2), ist der Staat nicht nur die gebietende, allein lenkende Macht. Dem Staat stehen heute meist in jedem durch einen Verwaltungsakt geregelten Fall Ansprüche - durchsetzbare Eigeninteressen des Bürgers - gegenüber, auf die der Staat Rücksicht zu nehmen gezwungen ist. Als ein Beispiel soll der Fall eines Baulustigen herangezogen werden, der um eine Baugenehmigung nachsucht. Hat er alle für die Genehmigung nötigen Erfordernisse erfüllt, dann hat er sich die Möglichkeit der Begründung eines Rechtsverhältnisses mit dem Staat geschaffen. Dieser Rechtszustand (3) wird dann zum Rechtsverhältnis gestaltet, wenn der Bürger die Behörde um den Erlass der Genehmigung angeht. Jetzt macht er dem anderen gegenüber einen Anspruch geltend. Wird die Genehmigung dem Baulustigen verweigert, obwohl er alle Voraussetzungen zur Erteilung erfüllt hat, dann hat die Behörde mit dem ablehnenden Verwaltungsakt das Eigeninteresse, des Baulustigen verletzt. Verletzt ist das im Eigeninteresse wurzelnde Recht auf Genehmigung. Das Eigeninteresse, ein Haus bauen zu dürfen, steht dem Baulustigen kraft materiellem Recht zu, wenn alle Voraussetzungen gegeben sind. Mit dem Verwaltungsakt sollte daher nur das dem Bürger und nicht etwa der Allgemeinheit zustehende Interesse, das er durch Begründung des Rechtsverhältnisses geltend gemacht hatte, erfüllt werden. Dass dem Bür-

(1) Niese JZ 52, 355;

(2) Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verlag C.F.Müller, Karlsruhe 1953, S. 19 ff.;

(3) dazu W.Jellinek, Verwaltungsrecht, S.191/2;

§ 5V

ger auch die Willensmacht zusteht, sein Interesse durchzusetzen, zeigt schon die Möglichkeit der Vornahmeklage. - Aber auch im Fall einer späteren Anfechtungsklage hat die Behörde das Eigeninteresse des Bürgers zu berücksichtigen. Man denke nur daran, dass einem Bürger durch einen Verwaltungsakt diesem nicht obliegende Pflichten auferlegt werden. Hier ist ähnlich wie im vorigen Fall zu konstruieren. Ist das Interesse des Bürgers durch den Verwaltungsakt verletzt worden, dann gewinnt der Bürger die Möglichkeit, sich um Abhilfe an die Behörde zu wenden (1). Bittet er um Abhilfe, dann wird in entsprechender Weise aus dem Rechtszustand ein Rechtsverhältnis gestaltet, das die Behörde verpflichtet, den Verwaltungsakt aufzuheben. Mit der Aufhebung des Verwaltungsaktes sollte daher nur das dem Bürger und nicht etwa der Allgemeinheit zustehende Interesse, das er durch Begründung des Rechtsverhältnisses geltend gemacht hatte, erfüllt werden. Dass dem Bürger auch in diesem Fall die Willensmacht zusteht, sein Interesse durchzusetzen, zeigt die Möglichkeit der Anfechtungsklage. Also auch für den Fall der Anfechtungsklage existieren auf eine bestimmte Person bezogene, materiell geschützte Eigeninteressen, aus denen Ansprüche erwachsen. Die angeführten Beispiele lassen sich praktisch auf alle Fälle hoheitlichen Handelns gegenüber einzelnen umgrenzten Rechtssubjekten ausdehnen. Auf Grund dieser materiellen Rechtsverhältnisse einer verwaltungsgerichtlichen Klage müssen daher wie im Zivilprozess immer subjektive Rechte im Spiel sein (2).

Damit ist der Nachweis für das Vorherrschen von Eigeninteressen im Verwaltungsrecht erbracht. Zugleich ergab sich, dass im Verwaltungsrecht individuelle Rechtsverhältnisse wie im Zivilrecht gestaltet werden. Nieses Meinung entspricht daher nicht dem tatsächlichen materiellen Recht. Da entgegen Nieses Meinung Individual-

(1) v. Turegg, Gefährlich und gefährdete Generalklausel, 1956, S. 49 ff., gesteht ein Unterlassungsanspruch zu (gegen Erlass des Verwaltungsaktes);

(2) Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 78 u. 86, stellt mit der jetzt herrschenden Lehre fest, dass zur Anfechtungs- und zur Vornahmeklage subjektive Rechte die Voraussetzung bilden; damit werden dem Bürger materiell-rechtlich zuerkannte Eigeninteressen als selbstverständlich vorausgesetzt.

§ 5V

interessen gewährt werden, muss notgedrungen auch das subjektive Recht im Prozess gewährleistet sein.

Auf Grund der Parallelen der Rechtsverhältnisse finden sich übrigens naturgemäss im Zivilprozess zur Vornahme - und zur Anfechtungsklage auch Parallelen. Im Fall des Baulustigen gleicht die Situation einer Person, die von einer anderen auf Grund Vertrages oder Gesetzes privatrechtlich eine Leistung verlangen kann. Wenn der Berechtigte den Verpflichteten um die Leistung angeht - das ist im Verwaltungsrecht der Antrag auf Genehmigung - aber nichts bekommt, dann macht er damit auch im Verwaltungsrecht sein nicht verbindlich wirkendes Eigeninteresse geltend. Er begründet ein Rechtsverhältnis, ohne den anderen zur Leistung zwingen zu können. Die Leistung der Behörde besteht im Erlass eines Verwaltungsaktes. Erst mit dem Urteil wird in beiden Fällen die vor dem Prozess ausgeführte Gestaltung deklarativ bestätigt. Erst damit wird dem vom Bürger begründeten Rechtsverhältnis die Verbindlichkeit gegeben. Ein Unterschied zum Privatrecht besteht nicht. - Die Anfechtungsklage gleicht der privatrechtlichen Abwehrklage (1). Der erlassene Verwaltungsakt - die verbindliche Verfügung des Staates - gleicht einem auf das Grundstück eines anderen unberechtigt gefällten Baum oder auch unwahren Behauptungen eines anderen. Geht der Belästigte den Störer um Beseitigung an, dann macht er eine unverbindliche Gestaltung geltend, die dann durch das Urteil deklarativ bestätigt und damit verbindlich wird. Der Staat wird gezwungen, den Verwaltungsakt aufzuheben. Wegen der hier angedeuteten Auffassung von der Anfechtungsklage als Leistungsklage wird auf die Untersuchung in § 15 verwiesen (2).

In der von Niese behaupteten Art und Weise gibt es damit zum Zivilprozess und zum Privatrecht hin keine

(1) so Bettermann DVBl 53, 164;

(2) vergl. Seite 112;

§ 5V

Unterschiede. Da das Verwaltungsrecht wie das bürgerliche Recht subjektive-individual gebundene- Rechte gewährt und die Struktur der infolge dieser Rechte entstehenden Rechtsverhältnisse im Grunde einheitlich ist, muss der Verwaltungsprozess wie der Zivilprozess auch einheitlich denselben Zweck verfolgen: Beide Prozesse müssen zur Durchsetzung von Individualrechten - freilich im Rahmen des objektiven Rechts - Rechtsschutz gewähren.

§ 6 Ergebnis.

- I Aus der vorhergehenden Untersuchung ergab sich, dass im Verwaltungsprozess - der Finanzgerichtsprozess und der Prozess vor dem Sozialgericht bilden nur einen besonderen Verwaltungsprozess - ebenso wie im Zivilprozess das objektive und das subjektive Recht gewahrt werden müssen. Die Gewährleistung des objektiven Rechts ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, den Art. 1, 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG und § 1 GVG. Die Gewährleistung des subjektiven Rechts folgt aus Art. 19 GG und einer Anzahl anderer das Klagerecht normierender Vorschriften.
- II Da sich somit bezüglich des Prozesszwecks zwischen den einzelnen Verfahrensordnungen Unterschiede nicht finden liessen (1), ja auf Grund der Parallelen im materiellen Recht gar nicht gefunden werden konnten, sollten sich auch noch weitere Möglichkeiten der Vereinheitlichung eröffnen. Inwieweit Vereinheitlichungen auf Grund des einheitlichen Prozesszwecks durchzuführen sind, wird sich bei den in den beiden nächsten Abschnitten behandelten Instituten zeigen.

(1) so auch Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, S.42; Stiefel NJW 54, 1790; Gehring DÖV 54, 332/3; ähnlich Schultz JR 56, 135; Friedrichs VerwArchiv 6, 360; Menger, System, S. 79.

2. Abschnitt: Die Dispositionsmaxime.

§ 7 Entwicklung und Wesen der Dispositionsmaxime.

I herrscht in einem Verfahren die Dispositionsmaxime vor, dann liegt in all den Bestimmungen, die in irgendeiner Weise die Verfügung über den Antrag - anders ausgedrückt - die Verfügung über den Streitgegenstand regeln, die Initiative bei den Parteien (1). Die Dispositionsmaxime bedeutet also, dass die Verfügung - die Disposition - über den Antrag in jeder Hinsicht allein bei den Parteien liegt. Bei dem Gegensatz dazu, dem Officialprinzip (2), ist der Partei die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand wenigstens zum Teil genommen (3). Die Verfügungsbefugnis ist den Parteien insoweit genommen, als sie durch die Disposition über den Streitgegenstand die Herstellung des objektiven Rechts verhindern könnten. Durch einen nicht der Rechtslage entsprechenden Vergleich, Verzicht oder durch ein ungerechtfertigtes Anerkenntnis könnten sie z.B. die Herstellung des objektiven Rechts verhindern. Deswegen ist bei Vorherrschen des Officialprinzips (§ 617 ZPO) den Parteien die Befugnis zu - mindestens über diese Institute genommen. Die mit diesem Paar oft verwechselten Begriffe Verhandlungsmaxime - Untersuchungsmaxime beziehen sich allein auf die Stoff- und Beweisbeibringung (4). Darüber wird weiter unten zu berichten sein (5). Nicht unerwähnt soll hier das gewissermassen dritte Paar bleiben: Der Partei- und der Amtsbetrieb. Damit wird nur gesagt, ob die Parteien oder der Staat, also in dem Fall das Gericht, den Prozess in Gang setzen und in Gang halten. Gemeint ist damit insbesondere die Anberaumung von Terminen, die Ladung hierzu und die Erledigung der Bekanntmachungen und Zustellungen (6), (7). -

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 62 II letzter Absatz; Dietz-Nikisch, vor § 46 Anm. 10 ff.; auch Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 101 Anm. 3, machen einen Unterschied zwischen der Verfügung über den Antrag und den Streitstoff, ohne sich allerdings an die hier gebrauchten Formulierungen zu halten; auch Schönke, Zivilprozessrecht, S. 20 ff. weist darauf hin, ohne sich daran zu halten; Baumbach-Lauterbach, 3 A, B, C vor § 128, und Stein-Jonas-Schönke II 2 vor § 128 unterscheiden nicht;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 II letzter Absatz; Rümelin, Rechtspolitik u. Doktrin in d. Bürg. Rechtspflege, 1926, S.

§ 71

Entscheidend dafür, ob in einem Verfahren die Dispositionsmaxime oder das Offizialprinzip gelten soll, ist der Prozesszweck. Der Prozesszweck bestimmt, in welcher Weise den Parteien die Verfügung über den Streitgegenstand zusteht. Legt ein Prozess Wert darauf, das subjektive Recht zu wahren, dann wird in diesem Prozess als Grundsatz für die Verfügung über den Antrag die Dispositionsmaxime eingeführt werden müssen (1). Denn die Willensmacht über das ihr gegebene Eigeninteresse steht der Partei nur dann zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zur Verfügung, wenn sie auch im Prozess über den Antrag frei verfügen kann. Will der Prozess dagegen nur das objektive Recht wahren, dann muss die freie Dispositionsbefugnis der Parteien insoweit eingeschränkt werden, als sie durch Disponieren über den Antrag die Herstellung des objektiven Rechts verhindern könnten (Offizialprinzip). - Daraus folgt im übrigen weiter, dass der Prozesszweck nicht nur in einzelnen prozessualen Grundsätzen, sondern sogar in Vorschriften praktisch wirksam wird. Der Prozesszweck beeinflusst alle die Institute, die die Verfügung über den Streitgegenstand regeln. Wenn infolge des in allen Verfahren einheitlichen Prozesszwecks der Grundsatz über die Verfügung über den Streitgegenstand einheitlich ist, dann müssen auch die von diesem Grundsatz abhängigen Institute einheitlich geregelt sein.

II Dass in einem Prozess durch den das objektive und das subjektive Recht gewahrt werden soll, wie oben angedeutet, die Dispositionsmaxime herrschen muss, ergibt sich aus folgendem:

-
- (3) vergl. Fussnote 2;
 - (4) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 232; Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I;
 - (5) vergl. S. 172 ff.;
 - (6) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 62;
 - (7) den Unterschied der Maximen zeigen besonders Bettermann DVBl 51, 39; Ule DVBl 54, 144; Linn DVBl 56, 817/8;

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 232; Stein-Jonas-Schönke, II 2 vor § 128, bemerken über die Dispositionsmaxime, die sie allerdings mit der Verhandlungsmaxime vermengen "Sie findet ihre Rechtfertigung in dem Zweck, Rechtsschutz für private Interessen zu gewähren"; im Gedankengang wohl ähnlich Naumann DVBl 53, 101;

§ 7II

wenn ein subjektives Recht die Willensmacht ist, die dem Willensträger im Eigeninteresse verliehen ist, dann kann das prozessrechtlich nur bedeuten, dass damit den vor Gericht auftretenden Parteien die Befugnis über die Bestimmung des Antrags eingeräumt ist. Wie schon ausgeführt, bedeutet Eigeninteresse das einer Partei durch materiellen Rechtssatz zugestandene Recht. Willensmacht bedeutet die Durchsetzungsbefugnis dieses Interesses vor und im Prozess. Daraus folgt für die Partei die Verfügungsbefugnis über alle ihr zustehenden Interessen wie vor so auch im Prozess. Das aber zeigt, dass der Partei das Recht zugestanden werden muss, über ihren Antrag zu verfügen, das heisst, den Antrag zu bestimmen, ihn zu stellen, zu erweitern, zu ändern, zurückzunehmen, dass sie berechtigt sein muss, einen Vergleich abzuschliessen, zu verzichten und anzuerkennen, und der Richter in jedem Fall daran gebunden ist (1). Diese volle Verfügungsfreiheit bedeutet nichts anderes als das, was der Begriff Dispositionsmaxime beinhaltet. Die Dispositionsmaxime verkörpert gewissermassen die prozessuale Willensmacht, damit einen Teil des subjektiven Rechts. - Auch die Tatsache, dass in einem Prozess neben dem subjektiven Recht auch das objektive Recht gewahrt werden soll, kann unserer Meinung nach die alleinige Geltung der Dispositionsmaxime nicht verdrängen. Durch Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich kann zwar unter Umständen ein der Rechtslage nicht entsprechendes Ergebnis erzielt werden. Diese Ausnahmen müssen unseres Ermessens deshalb hingenommen werden, weil ja bei einem Prozesszweck der Wahrung der objektiven und subjektiven Rechts in erster Linie der "Rechtsfriede" hergestellt werden soll. Gerade das aber wird durch Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis erreicht.

III Da wir das Prozesszweck aller hier in Frage stehenden Verfahren neben der Gewährleistung des objektiven Rechts die

(1) so Habscheid, Streitgegenstand, S.232; ebenso im Ergebnis Ule DVB1 54, 144: "Da der Kläger vor dem Prozess über den Klageanspruch nach seinem Belieben verfügen kann, ... muss ihm diese Verfügung auch im Prozess zustehen"; dem folgt Linn DVB1 56, 818; vergl. auch Baumbach-Lauterbach 3 A vor § 128;

§ 7III

Gewährleistung des subjektiven Rechts betrachten, muss - dogmatisch gesehen - auch in allen Verfahren die Dispositionsmaxime eingeführt werden. Sie ist auch im grossen und ganzen bereits eingeführt (1).

In der ZPO und dem AGG ist sie bereits voll durchgeführt. Es haben sich bisher auch keine Autoren gefunden, die daran etwas ändern wollten. Ein etwas anderes Bild ergibt die Lage in den öffentlich rechtlichen Verfahren. In den zur Zeit geltenden Verwaltungsgerichtsverfahren ist die Dispositionsmaxime noch nicht vollkommen durchgeführt worden (2), noch weniger ist das in der Reichsabgabeordnung der Fall. Dort gibt es sogar noch die reformatio in peius. Die VGO, das SGG und die FGO bringen demgegenüber einen Fortschritt. Die allerletzte Konsequenz fehlt aber auch hier. Besonders rückständig ist in dieser Hinsicht die FGO (3).

Bei der Durchführung der Dispositionsmaxime in diesen Verfahren erhebt sich nun noch die Frage, ob es auch erstrebenswert ist, diese allein der Partei die Verfügung über den Antrag gebende Maxime bei den entsprechenden Instituten wirksam werden zu lassen. - Eine Einschränkung der Dispositionsmaxime auf Kosten der Verfügungsfreiheit der Bürger würde praktisch die Einschränkung der Privatinitiative zu Gunsten des Staates bedeuten. Der Parteiprozess würde sich damit dem objektiven Strafprozess nähern (4). Man könnte - bildlich gesprochen - von einer Annäherung an den Wohlfahrtsstaat auch im Verwaltungsprozess sprechen. Aus dem eher liberalistischen (5) Grundgesetz folgt jedoch, dass der Staat für den Bürger so lange nicht eintreten soll, wie dieser seine Angelegenheiten selbst regeln kann (6). Somit ergibt sich, dass auch aus allgemeinen Erwägungen eine konsequente Einführung der Dispositionsmaxime wünschenswert ist. - Die Einführung der Dispositionsmaxime im Verwaltungsprozess

(1) vergl. Menger, System, S.82; auf die Notwendigkeit zur Durchsetzung der Dispositionsmaxime weist neben Ule besonders Linn DVBl 56, 818 ff. hin;

(2) vergl. z.B. § 80 VGG, Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis sind meist nicht normiert;

(3) vergl. § 92 Abs. 2 als Beispiel;

(4) zu Partei- und Strafprozess vergl. Böckstiegel, ZfIO, § 6 Einl. (S.25); Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 101;

(5) v. Mangoldt-Klein, 2. Aufl. 1957, verb. u. Anm. III 3 Art. 2;

(6) Dürig JZ 53, 198;

§ 7III

kann auch keine Gefahr bringen. Die grösseren Machtmittel des Staates können sich nicht zum Nachteil des Bürgers auswirken, weil der Staat etwa mit seinen Beamten vielleicht klügere und bessere Anträge stellt. Dem steht nämlich die Vorschrift gegenüber, dass der Richter verpflichtet ist, gemäss dem Willen der Partei auf die Stellung sachgemässer Anträge hinzuwirken. Pflicht der Richter ist es doch, und dem kommt im Verwaltungsprozess noch mehr Bedeutung zu als im Zivilprozess, den Willen des Bürgers, der sich vielleicht nur laienhaft ausdrückt, in einen prozessual handfesten Antrag umzugliessen. Das heisst nicht etwa, dass damit in die Verfügungsgewalt der Partei über ihren Antrag eingegriffen würde. Der Richter soll nur gleichsam ein Dolmetscher sein, wenn er das auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Begehren der Partei in eine prozessual fassbare Form bringt. Nachteile für den Bürger oder die gerechte Sache sind deshalb nicht zu befürchten (1).

Da sich somit ergeben hat, dass die Einführung der Dispositionsmaxime auch allgemein gesehen wünschenswert ist - dogmatische Hindernisse bestehen ebenfalls nicht -, besteht insoweit bezüglich des Grundsatzes der Verfügung über den Streitgegenstand eine Möglichkeit der Vereinheitlichung.

IV Auf Grund der Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien

1. Die Eröffnung des Verfahrens,
2. den Umfang des Rechtsstreites,
3. die Möglichkeiten des Verzichts auf den Fortgang des streitigen Verfahrens.

Die Eröffnung des Verfahrens und der Rechtsmittelinstanzen stellt insoweit eine Verfügung über den Antrag dar, als mit der Eröffnung eine Verfügung über das jeweilige subjektive Recht getroffen wird. Der Begriff "iudex ne procedat ex officio" fällt aus diesem Grund

(1) etwas anderes ergibt sich in dieser Hinsicht bei dem Grundsatz über die Verfügung der Stoff- und Beweisbringung, vergl. S. 172 ff.;

§ 7IV

unter die Dispositionsmaxime (1). Die Eröffnung des Verfahrens und der Rechtsmittelinstanzen fällt aber ausserdem unter den Begriff Parteibetrieb, da mit der Eröffnung des Verfahrens und der Rechtsmittelinstanzen der Prozess durch die Partei in Gang gesetzt wird, der Prozessbetrieb insoweit in den Händen der Partei liegt (2). - Da danach hier zwei verschiedene prozessuale Grundsätze in Frage kommen und die Eröffnung der Verfahren und Rechtsmittelinstanzen ohnehin einheitlich in die Hände der Partei gelegt ist, werden die unter die Eröffnung der Verfahren und Rechtsmittelinstanzen fallenden Institute im folgenden auf die Vereinheitlichung nicht untersucht.

Die Bestimmung des Rechtsstreits durch die Parteien bedeutet die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Prüfungspflicht, über den der Richter nicht hinausgehen darf. Der Antrag - der Streitgegenstand - kann der ursprünglich gestellte oder auch ein später geänderter sein. Die Klageänderung - ein Dispositionsakt der Partei - soll im Abschnitt Streitgegenstand erörtert werden (3).

Unter Verzicht auf Fortgang des Verfahrens verstehen wir Rücknahme der Klage und des Rechtsmittels sowie Verzicht auf Rechtsmittel. Es gehören weiter dazu der Prozessvergleich, denn damit verfügen die Parteien über ihren Antrag insoweit, als sie auf den Fortgang des Verfahrens bis zum wie üblich sonst ergehenden streitigen Urteil verzichten. Auch Anerkenntnis und Verzicht fallen darunter. In diesen beiden Fällen wird durch die Partei über den Antrag jeweils dergestalt verübt, dass damit eine Grundlage für die Beendigung des Rechtsstreits geschaffen wird, ohne dass der Richter noch die Wahrheit oder die Schlüssigkeit dieser Behauptungen zu prüfen hätte. Bis zu einem gewissen Grad wird auch hier auf die Fortführung der streitigen Verhandlung verzichtet. Das gegen den Kläger ergehende versäumnisurteil ist nur ein unterfall des Verzichtsurteils. Es ist ähnlich wie dieses konstruiert. Diese Vorschrift ist danach bei der Dispositionsmaxime auch zu berücksichtigen (4).

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch § 63 II letzter Absatz;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch § 62 II a;

(3) vergl. S. 117;

(4) auch Linn DVBl 56, 817 ff., fasst die Institute der dritten Gruppe in ähnlicher Weise zusammen;

§ 8 Der Umfang des Rechtsstreits.

I Der Grundsatz, dass die Parteien den Umfang des Rechtsstreits bestimmen, beinhaltet zweierlei (1): Einmal wird dadurch dem Gericht nicht gestattet, dem Kläger mehr zuzubilligen, als er beantragt hat - ne eat iudex ultra petita partium -. Über den Antrag des Beklagten darf hinausgegangen werden. Der Antrag des Beklagten ist nämlich kein Antrag zur Sache, sondern nur ein reiner Prozessantrag (2). Der Kläger bestimmt also die "oberen" Grenzen, über die nicht hinausgegangen werden darf. Zum anderen aber darf das Gericht den Kläger auch nicht schlechter stellen, als er ohne Antrag stehen würde, wenn im Rahmen des geltend gemachten Anspruchs durch Rechtsmittel oder durch eine etwaige Widerklage dazu keine Berechtigung vorhanden ist. Das Gericht darf dem Kläger nicht weniger als die Abweisung seines Anspruchs geben. Der Kläger bestimmt also auch die Grenzen nach "unten", über die der Richter nicht hinweggehen darf. Das Verbot der reformatio in peius, wie dieser Grundsatz allgemein genannt wird, hat vor allem für die Rechtsmittelinstanzen Bedeutung. Nach den §§ 525, 536, 559 ZPO zum Beispiel darf dem Rechtsmittelkläger, falls er teils obsiegt hat, nicht weniger zugesprochen werden, als er ohnehin durch das erstinstanzliche Urteil schon erhalten hat. Aber auch in der ersten Instanz darf dem Kläger - das hat hauptsächlich für die Verwaltungsgerichtsverfahren Bedeutung - nicht weniger als die Abweisung seines Anspruchs gegeben werden (3). Käme das Gericht beispielsweise durch Antrag des Beklagten zu der Einsicht, dass der Kläger seinerseits noch etwas zahlen müsste, dann darf ihm diese Leistungspflicht nicht

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 123 Anm. 4;

(2) vergl. Baumbach-Lauterbach, § 308 Anm. B und § 297 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 303 Anm. I 2; Wieczorek, ZPO, § 308 Anm. A IV;

(3) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG § 123 Anm. 4;

§ 8I

auferlegt werden. Doch das ist an sich selbstverständlich.

Wie die §§ 308 Abs. 1, 525, 536, 559 ZPO - das AGG verweist auf die ZPO -, die §§ 89, 127, 128, 134 Abs. 3 VGO, § 108 FGO und die §§ 123, 157, 165 SGG zeigen, wurde jedoch der Grundsatz, dass die Parteien den Umfang der richterlichen Prüfungspflicht nach oben und unten bestimmen, nicht in allen Verfahren konsequent durchgeführt. Es wäre im Interesse der Vereinheitlichung wünschenswert, dass die Bindung der Richter an den Antrag der Parteien als Hauptgrundsatz der Dispositionsmaxime in allen Verfahren konsequent und ohne Ausnahme verankert würde. Durch die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Prüfungspflicht durch die Partei kommt nämlich deutlicher als in anderen Vorschriften zum Ausdruck, dass die Parteien es sind, die über ihren Antrag verfügen. Durch die Möglichkeit der Eröffnung des Verfahrens und der Rechtsmittelinstanzen wird das z.B. nicht so klar ausgedrückt. Es fragt sich nun, ob einer Vereinheitlichung bisher nicht beachtete Umstände entgegenstehen, so dass der an sich dogmatisch möglichen Angleichung im einzelnen irgendwelche Hindernisse entgegenstehen.

II In der ZPO (§ 308 Abs. 1) und durch Verweisung im AGG (1) wird der Grundsatz - *ne eat iudex ultra petita partium* - als ein fester Bestandteil betrachtet.

Die Vorschrift des § 89 VGO entspricht inhaltlich der des § 308 Abs. 1 ZPO. Damit darf auch im Verwaltungsprozess der Richter den Parteien nicht mehr zubilligen, als durch ihre Anträge verlangt wird. Dass § 89 VGO auf das Klagebegehren abstellt, wirkt eher vorteilhaft als nachteilig. § 308 Abs. 1 ZPO ist zu allgemein, denn nach dieser Vorschrift könnte man meinen, dass auch über

(1) Dietz-Nikisch, § 46 Nr. 10;

§ 8II

den Antrag des Beklagten nicht hinausgegangen werden darf. Der Begriff Klagebegehren gibt ausserdem dem Antrag, wie wir später noch sehen werden (1), mehr Inhalt. Der in der Vorschrift des § 89 VGO noch beigefügte Nebensatz, dass das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden ist, stellt keine Durchbrechung des Prinzips dar. Wie schon ausgeführt (2), wurde damit nur auf die dem Richter obliegende Fragepflicht Rücksicht genommen, die der Richter besonders in den öffentlich rechtlichen Verfahren zu beachten hat.

Auf den ersten Blick undeutlich wirkt § 123 SGG. Bei näherem Zusehen merkt man jedoch, dass hiermit eine Begrenzung nach oben u n d nach unten ausgesprochen ist. Wenn nämlich nur über die vom Kläger erhobenen Ansprüche entschieden wird, dann heisst das nichts anderes, als dass über mehr nach oben oder nach unten hin nicht entschieden werden darf. Hier liegt sogar eine doppelte Begrenzung vor (3). Eine etwas klarere Ausdrucksweise und die Trennung zwischen dem Prinzip "ne eat iudex ultra petita partium" und dem Verbot der "reformatio in peius" wäre allerdings wünschenswert.

Eine entsprechende Regelung fehlt indessen in der FGO. Falls die FGO sich trotzdem an den Grundsatz halten wollte, dass der Richter nicht über den Antrag der Parteien hinausgehen darf, so wird das durch die Verweisung auf die Vorschriften der ZPO nicht hinreichend deutlich ausgedrückt. Wegen der ausgesprochen rückständigen jetzt noch geltenden Reichsabgabenordnung muss für die FGO eine ausdrückliche und bestimmte Regelung verlangt werden, um Unklarheiten auszuschliessen. Der Grundsatz, daß der Richter nicht über den Antrag der klägerischen Partei hinausgehen darf, muss fester Bestandteil der FGO werden (4). Die sich aus der FGO ergebenden Zweifel daran, ob überhaupt vom Gesetzgeber an ein Festhalten an diesem Hauptgrundsatz der Dispositionsmaxime

(1) vergl. Seite 117;

(2) vergl. Seite 30;

(3) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 123 Anm. 2,3;

(4) vergl. Naumann JZ 53, 101 und DÖV 53, 538/9;

§ 811

gedacht worden ist, können davon nicht abhalten.

In der FGO ist nämlich die Dispositionsmaxime bereits in einer Hinsicht von der Offizialmaxime durchbrochen worden. Gemäss § 92 FGO gibt es die Möglichkeit, eine reformatio in peius dann zuzulassen, wenn bei der Anfechtungsklage dem Gericht neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt geworden sind, die eine solche Änderung rechtfertigen. Da damit die Bindung der Richter an den Antrag der Partei in einer Beziehung gelockert ist, bedeutet das, dass man generell mit der Annahme, der Richter sei auch im Finanzgerichtsverfahren an den Antrag der Partei gebunden, zumindest vorsichtig sein muss. --Eine dem § 92 FGO ähnlich erscheinende jedoch abgeschwächte Vorschrift gibt es auch in der VGO (§ 114 Abs. 2). In der VGO wird jedoch die etwa dadurch entstehende Unklarheit über die Dispositionsbefugnis durch § 89 beseitigt.

Der noch immer zur Offizialmaxime hinneigende Charakter der FGO zwingt zu einer Klarstellung. Es muss durch Einführung einer dem § 89 VGO ähnlichen Vorschrift deutlich gezeigt werden, dass auch der bisher rückständige Finanzprozess auf dem Boden der Dispositionsmaxime steht. Dem können auch nicht Gesichtspunkte der Prozessökonomie oder ein besonderes erhebliches öffentliches Interesse entgegenstehen.

Damit ist eine Möglichkeit der Vereinheitlichung des Grundsatzes, dass der Richter über den klägerischen Antrag nicht hinausgehen darf, gefunden. In allen fünf hier in Frage stehenden Verfahren kann dieser Grundsatz gleichlautend eingeführt werden. Als Text wird die sinn-gemässe Übernahme des ersten Halbsatzes der Vorschrift des § 89 VGO vorgeschlagen:

Das Gericht darf über das durch den Antrag bezeichnete Klagebegehren nicht hinausgehen.

§ 8III

III Das Verbot der reformatio in peius findet sich in allen Verfahren, der ZPO, dem AGG, der VGO, der FGO und dem SGG. Streng durchgeführt ist dieser Grundsatz nur in der ZPO, dem AGG, der VGO und dem SGG. Die VGO hält sich zwar generell daran, Ausnahmen werden aber zugelassen.

In der ZPO ist das Verbot der reformatio in peius allerdings nur in den Rechtsmittelinstanzen durch Vorschriften klar eingeführt (§§ 525, 536, 559). Dort ist für das Privatrecht am ehesten zu fürchten, dass in peius reformiert wird. Für die erste Instanz existiert eine derartige klare positive Vorschrift nicht. Nur durch eine Interpretation kann man aus § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO schliessen, dass eine Schlechterstellung verboten ist. Wenn das Gericht nur befugt ist, einer Partei das zuzusprechen, was beantragt ist, dann darf es den Kläger deshalb nicht schlechter stellen, weil er das nicht beantragt hat, und der etwa darauf hinzielende Antrag des Beklagten nur als Prozess- und nicht als Sachantrag zu werten ist. Es gibt in der Tat im Zivilprozess auch keinen Zweifel daran, dass auch in der ersten Instanz eine reformatio in peius verboten ist. Eine Vorschrift, die das Verbot der reformatio in peius für die erste Instanz wörtlich ausspricht, ist deshalb nicht nötig. Eine klarere Vorschrift wäre allerdings wünschenswert. Für das AGG, das wie die ZPO das Verbot der reformatio in peius kennt (1), gilt dasselbe.

§ 123 SGG, der eine andere Fassung als § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO und § 89 VGO bringt, umfasst das Verbot der reformatio in peius klarer als § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Darauf haben wir bereits hingewiesen (2). Wenn das Verbot auch nicht wörtlich gebracht ist, so sagt doch der Satz "Das Gericht entscheidet über die vom Kläger erhobenen Ansprüche" deutlich, dass nur über den vom

(1) vergl. Dietz-Nikisch, § 46 Abm. 10;

(2) vergl. S. 36;

§ 8111

vom Kläger bestimmten Streitgegenstand entschieden werden darf. Würde das Gericht dem Kläger weniger als die Abweisung seines Antrages geben, dann würde es über mehr als den Streitgegenstand entscheiden. Auch hier bedarf es nur einer klaren Ausdrucksweise.

Das Verbot der Schlechterstellung geht aus § 89 VGO - der Vorschrift des § 123 SGG ähnlich - klarer hervor als aus § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Wenn über das Klagebegehren nicht hinausgegangen werden darf, dann ist damit deutlich gesagt, dass weder nach "oben" noch nach "unten" hinausgegangen werden darf. Entschieden wird eben nur über den Streitgegenstand - das Klagebegehren -. Die VGO enthält in § 114 Abs. 2 die Möglichkeit einer reformatio in peius, wenn man diese Vorschrift für sich betrachtet. Diese Vorschrift ist aus dem VGG entnommen (79 Abs. 2). Als Ausnahmefall wird das Gericht hier wie dort gestaltend tätig. In beiden Fällen wird jedoch nicht gesagt, ob der Richter dabei den angegriffenen Verwaltungsakt zum Nachteil des Klägers ändern darf. § 89 VGO lässt aber im Gegensatz zu § 80 VGG die reformatio in peius nicht zu. Deshalb bildet § 114 Abs. 2 VGO kein Problem. Durch § 89 VGO wird der Richter gehindert, im Fall des § 114 VGO in peius zu reformieren. - Wie oben dargelegt ist durch § 89 VGO das Verbot der reformatio in peius wohl am klarsten ausgedrückt. Aus diesem Grund empfahlte sich, diese Vorschrift in alle anderen Verfahrensordnungen zu übertragen.

In der FGO schliesslich ist das Verbot der reformatio in peius nicht nur schlecht ausgedrückt, die Schlechterstellung ist sogar in gewissen Fällen ausdrücklich zugelassen. § 92 Abs. 1 Satz 1 FGO bedarf

§ 8III

aus diesem Grund nicht nur der Formulierung wegen einer Änderung. Auch in der FGO muss die Dispositionsmaxime uneingeschränkt durchgeführt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, der das verhindern könnte. (1). Prozess-ökonomische Gründe greifen hier genausowenig wie in anderen Verfahren durch. Ein öffentliches Interesse an der Möglichkeit der reformatio in peius kann schon gar nicht bestehen. Eine Schlechterstellung würde doch in diesem Fall weiter nichts bedeuten, als die Weiterführung der Verwaltung mit anderen Mitteln. Hat beispielsweise das Finanzamt zu wenig Steuern erhoben, dann muss es schon selbst für die richtige Festsetzung sorgen. Auch das Finanzgericht ist nicht nur dazu da, im Sinn Nieses nur das objektive Recht zu wahren. Es gilt vielmehr, das objektive Recht nur in den durch den Kläger bestimmten Grenzen zu wahren. Richterliche Handlungen dürfen nicht mit Verwaltungsanordnungen verquickt werden. Aus diesem Grund wird die Streichung von Satz 2 des § 92 Abs. 1 FGO gefordert. Da mit dem Wegfall dieses Satzes auch jede Äusserung über das Verbot der reformatio in peius beseitigt ist, muss ein Ersatz geschaffen werden. Es muss in einer besonderen Vorschrift gesagt werden, dass der Partei weniger als die Abweisung ihres Antrages nicht gegeben werden darf. Diesem Satz kommt in der Finanzgerichtsbarkeit besondere Bedeutung zu, da das Verbot der reformatio in peius als Ausdruck der Dispositionsmaxime bisher unbekannt war. Auch hier besteht also die Möglichkeit zu einer Vereinheitlichung.

Da wir das Verbot der reformatio in peius durch die Vorschrift des § 89 VGO als am klarsten ausgedrückt sahen, diese Vorschrift zugleich auch die Bindung an den Antrag nach oben beinhaltet, wird vorgeschlagen,

(1) vergl. Naumann JZ 53, 101 und DÖV 53, 538;

§ 8III

diesen ersten Halbsatz des § 89 VGO in der von uns leicht abgewandelten Art zu übernehmen.

Dass das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden ist, kann in jedem Verfahren ausserdem noch erwähnt werden. Danach ergibt sich für den Umfang des Rechtsstreits als allgemeinen Grundsatz folgende Formulierung:

Das Gericht darf über das durch den Antrag bezeichnete Klagebegehren nicht hinausgehen.
An die Fassung der Anträge ist das Gericht jedoch nicht gebunden.

IV Entsprechend dem Grundsatz von der unbedingten Durchführung der Dispositionsmaxime muss auch gefordert werden, dass die Parteien den Umfang der richterlichen Prüfungspflicht nach oben und unten in den Verfahren vor den Rechtsmittelgerichten zu bestimmen haben. Die diesbezüglichen Regelungen der hier infrage stehenden fünf Verfahren sind bereits - mit Ausnahme der VGO - eindeutig nach der Dispositionsmaxime ausgerichtet. Die zum grossen Teil bereits im Wesen einheitlichen Vorschriften bedürfen nur einer textlichen Bereinigung und Angleichung.

Die §§ 525, 536, 559 ZPO beschränken die Abänderung des Urteils der ersten Instanz in der von den Parteien gewünschten Form nach oben und unten (1). Dasselbe gilt kraft Verweisung für das AGG (2). Die Ausdrucksweise dieser Vorschriften der ZPO ist aber mangelhaft. Die §§ 525, 536 ZPO sagen zum grossen Teil dasselbe. § 525 ZPO sagt, dass der Verhandlungsspielraum durch die Anträge bestimmt wird. Damit wird unserer Meinung nach wie durch § 123 SGG gesagt, dass weder über mehr noch über weniger entschieden werden darf. Der Umfang der richterlichen Prüfungspflicht wäre damit nach oben

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 138 I 2 a, b, § 143 II 1;
(2) vergl. Dietz-Mikisch, vor § 64 Anm. 9, § 64 Anm. 29;

§ 8IV

und unten auch im Berufungsverfahren von den Parteien zu bestimmen (1). Aber auch § 536 ZPO begrenzt die richterliche Prüfungspflicht nach beiden Seiten für die Berufungsinstanz. Es wird gesagt, dass nicht mehr gegeben werden darf, als mit der Berufung verlangt wird (1. Teil entspricht damit § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO), und dass der Berufungskläger nicht schlechter gestellt werden darf, als ihn das Ersturteil gestellt hat, falls nur er Berufung eingelegt hat (2. Teil entspricht der Vorschrift des Verbotes der ref. in p.) (2). Diese beiden Regelungen müssen daher durch eine textlich klare Vorschrift ersetzt werden. § 559 ZPO bedarf lediglich einer Änderung der Formulierung, um die Verbindung zu unserem auf Seite 41 aufgeführten Vorschlag herzustellen.

Die §§ 127 und 128 VGO gleichen inhaltlich den §§ 525 und 536 ZPO. Obige Ausführungen zu den beiden letzteren Vorschriften gelten damit auch für die entsprechenden der VGO. Der von dem Deutschen Anwaltsverein für die Revisionsinstanz angezogene § 134 VGO trifft unserer Meinung nach nicht zu. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Gründe, nicht aber auf die durch die Anträge bestimmten Grenzen. Eine positive Vorschrift für den Umfang der richterlichen Prüfungspflicht fehlt. Nur auf Grund der Verweisung des § 137 VGO kann man annehmen, dass eine richterliche Bindung auch für die Revision besteht. Eine positive Vorschrift ist daher unbedingt nötig. Im ganzen Gesehen gibt es aber auch hier nur wie bei der ZPO Formulierungsprobleme.

Unklar wirken die Regelungen des SGG. § 157 SGG weist unserer Meinung nach in erster Linie auf die Prüfung der Gründe hin. Klar und unmissverständlich kann aus § 157 SGG wohl nicht geschlossen werden, dass der Berufsrichter den Streitfall nur in den durch die Anträge bestimmten Grenzen zu prüfen hat. Gleichwohl weisen auch Peters-Sautter-Wolff (3) bei dieser Vorschrift

- (1) nur diese Vorschrift ist vom Deutschen Anwaltsverein in der vergleichenden Übersicht für die ZPO angezogen worden; Rosenberg, Lehrbuch, § 137 II, vergleicht sie wohl in erster Linie mit § 308, also der Begrenzung nach oben;
- (2) hier nimmt auch Rosenberg die doppelte Begrenzung an, Lehrbuch, § 138 I 2 a, b, auf die zweifache Regelung (§ 525 und § 536 ZPO) weist er nicht hin;
- (3) § 157;

§ 8IV

auf die Bindung des Richters an die von den Parteien bestimmten Grenzen hin. Unserer Meinung nach kann man nur durch die Verweisung (§ 153 Abs. 1 SGG) auf die allgemeinen Grundsätze auch in der Berufungsinstanz die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Prüfungspflicht durch die Parteien annehmen. In der Revisionsinstanz gilt dieser Grundsatz auch nur durch Verweisung (§ 165 SGG). Damit gilt hier im Grunde dasselbe wie für die VGO. Es handelt sich auch bei der Regelung der Sozialgerichtsbarkeit nicht um Normierungs- sondern nur um Formulierungsprobleme. Die bereits vorhandenen Prinzipien bedürfen nur einer klaren Darstellung, die der entsprechenden Regelung der anderen hier in Frage stehenden Verfahren anzugleichen ist.

Unklarheit bringt die FGO. Es fehlt für die Revision eine Regelung, nach der die Parteien den Umfang der richterlichen Prüfungspflicht bestimmen. Durch § 108 Abs. 2 FGO wird nicht auf eine Vorschrift verwiesen, die § 308 ZPO, § 89 VGO oder § 123 SGG entspricht, denn eine derartige Vorschrift findet sich in der FGO nicht. § 92 Abs. 1 FGO aber bildet eine zu ungenaue Grundlage. Danach kann man den Umfang der richterlichen Prüfungspflicht in der Revisionsinstanz kaum ausrichten. Aus diesem Grund zwingt sich eine positive Regelung auf. Diese kann entsprechend dem Dispositionsgrundsatz nur die Bindung des Richters an die von den Parteien bestimmten Grenzen bringen. Der von uns vorgeschlagene allgemeine Grundsatz (1) muss hier seine Fortsetzung finden.

Damit ergibt sich für die ZPO, das AGG, die VGO, die FGO und das SGG die im Wesen schon zum grössten Teil verwirklichte Möglichkeit einer Angleichung. Die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Prüfungspflicht durch die Parteien kann für die Rechtsmittelinstanzen in allen hier zu behandelnden Verfahren gleich-

(1) vergl. Seite 41;

§ 8IV

mässig eingeführt werden. Für die Berufung wird hierzu folgender Text vorgeschlagen:

Vor dem Berufungsgericht wird über den Rechtsstreit in den durch die Anträge der Rechtsmittelkläger bestimmten Grenzen von neuem entschieden.

Für die Revision wird die Einführung folgender Regelung vorgeschlagen:

Vor dem Revisionsgericht wird über den Rechtsstreit in den durch die Anträge der Rechtsmittelkläger bestimmten Grenzen von neuem entschieden.

Bei der Rüge von Verfahrensmängeln werden nur die geltend gemachten Gründe nachgeprüft. Im übrigen ist das Revisionsgericht an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden.

§ 9 Die Möglichkeiten des Verzichts auf den Fortgang des streitigen Verfahrens (1).

I Unter dem Titel "Möglichkeiten des Verzichts auf den Fortgang des streitigen Verfahrens" verbergen sich alle die Vorschriften, die auf die eine oder andere Art durch die Bestimmung der Parteien den Erlass eines streitigen Sachurteils nach normaler Verhandlung zu Gunsten eines anderen Abschlusses des Verfahrens verhindern, und die Vorschriften, die die Möglichkeiten eröffnen, durch Parteivereinbarung den eingeschlossenen Rechtsmittelweg oder den Rechtsmittelweg überhaupt zu versperren. Ein Teil der Untersuchung über die Vereinheitlichung wird lediglich nur Formulierungsprobleme bringen, da die Vereinheitlichung im Wesen schon besteht und nur Textverschiedenheiten zu bereinigen sind. Schwierigkeiten werden bei dem Versuch entstehen, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich und Versäumnisverfahren zu vereinheitlichen. Es gilt dort zwischen dem Paar Dispositions- und Offizialmaxime und dem Paar Verhandlungs- und untersuchungsmaxime streng zu trennen, um die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung zu finden. Auch hier sollte es dem gemeinsamen Prozesszweck entsprechend Möglichkeiten der Vereinheitlichung geben.

II Die Rücknahme der Klage ist dem Wesen nach mit zwei Ausnahmen in allen Verfahren bereits einheitlich geregelt. Das zeigen die §§ 271, ZPO, 46 Abs. 2 AGG, 93 VGO, 68 FGO und 102 SGG. Die einzelnen Unterschiede, die sich daraus ergeben, dass der Kläger ohne Einwilligung des Gegners die Klage zu - bei den einzelnen Verfahren - jeweils verschiedenen Zeitpunkten zurücknehmen kann, hat mit der Dispositionsmaxime weniger zu tun. Diese Frage soll trotzdem hier gleich miterledigt werden. Ein die Dispositions-

(1) vergl. den Aufsatz von Linn DVBl 56, 816 ff. und 849 ff.;

§ 9II

maxime berührendes Problem bildet dagegen das Mitwirkungsrecht des Staatsanwaltes. In erster Linie geht es uns jedoch darum, dem Kläger die Berechtigung zu geben, die Klage zurückzunehmen, so dass die Wirkung erzielt wird, als ob nie eine Klage anhängig gewesen wäre. Allein das stellt eine echte Klagerücknahme dar (1).

Die Möglichkeit der Zurücknahme der Klage durch die Partei wird von allen Verfahren eingeräumt. Die Zurücknahme der Klage ist auch überall bis zu dem Zeitpunkt möglich, an dem das Urteil in Rechtskraft erwächst.

Verschieden aber sind die Wirkungen der Rücknahme geregelt. Man sollte annehmen, dass durch die Rücknahme der Klage der alte Zustand wieder hergestellt würde, der Kläger also so gestellt wäre, als hätte er die Klage nie erhoben. Die Zurücknahme sollte mit anderen Worten eine Wirkung ex tunc haben. Diesen Weg haben die ZPO, das AGG und die VGO auch beschritten. Insoweit besteht schon eine Vereinheitlichung. Bei der FGO und dem SGG bewirkt die Rücknahme der Klage eine Art "Verbrauch der Klage". Das heisst, der Erhebung einer Klage gleichen Inhalts stehen Hindernisse im Wege: In der FGO ist die Wirkung wie die eines Verzehs ("Verlust der Klage") und im SGG wie die eines ausserhalb des Rechtsstreits eingetretene Erledigung, wobei nur noch um eine Kostenregelung nachgesucht wird ("erledigt den Rechtsstreit") (2). Damit ist aber dem Kläger die Rücknahme praktisch wieder genommen. Ihm ist die Möglichkeit genommen, sich so zu stellen, als ob er nie geklagt hätte. Dieses Recht aber muss ihm belassen bleiben. Wenn der Kläger schon über die Klageeröffnung bestimmen kann, dann soll er auch über ein Rückgängigmachen der Klageerhebung bestimmen können. Andernfalls ist ihm für diesen Fall das Dispositionsrecht genommen. Die Regelung im SGG ergibt sich aus einer besonderen notwendigen Rücksicht-

(1) vergl. Linn DVBl 56, 821;

(2) § 68 FGO, § 102 SGG;

§ 9II

nahme auf das materielle Recht."Es sollte damit erreicht werden, dass die Folgen der Rechtshängigkeit nicht rückwirkend beseitigt werden" (1). Bedeutung hat das hauptsächlich für die Verjährung. Im übrigen wird durch die Klagerücknahme meist wohl nur der prozessuale Anspruch verbraucht. Materiell-rechtlich kann z.B. bei der Sozialversicherung oder der Kriegsofferfürsorge auf den Anspruch gar nicht verzichtet werden (2). Durch die jetzt getroffene Regelung in dem SGG werden für die Dauer der Klageerhebung bis zur Rücknahme gewisse Fristen unterbrochen, was bei der Klagerücknahme der ZPO nicht der Fall ist. Dort wird durch die Klagerücknahme auch die ursprüngliche Unterbrechung eines Fristenlaufs wieder rückgängig gemacht. Die Fristverlängerung wäre damit ausgeschlossen. Die jetzige Regelung des SGG kann also bewirken, dass normalerweise zu spät entrichtete Pflichtbeiträge wegen der bestehen bleibenden Unterbrechung noch als rechtzeitig entrichtet gelten, damit in dieser Hinsicht für den Versicherten kein Verlust eintritt. Da diese Sonderregelung aber nur einigen ganz wenigen zu Gute kommt, ist kein Grund vorhanden, die einheitliche Durchführung der Dispositionsmaxime aufzuhalten. Die Rück-sichtnahme auf einige wenige Versicherte kann keine Grenze der Vereinheitlichung bilden. Diese dem SGG innewohnende Besonderheit ist nicht stark genug, um die Möglichkeit der Vereinheitlichung zu versperren. Danach kann die Regelung über die Klagerücknahme in dem SGG, der ZPO, dem AGG und der VGO in eine einheitliche Form gebracht werden.

Welchen Zweck die in § 68 FGO ausgesprochene Regelung hat, ist nicht eindeutig zu erkennen. Zumindest sollte damit sichergestellt werden, dass bei Rücknahme der Klage der Fall ein für allemal erledigt und das Finanzamt in Zukunft aller Sorgen ledig ist. Doch dieses Argument kann nicht ausreichen, um dem Kläger die Möglichkeit einer

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 102 Anm. 1;

(2) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 102 Anm. 4;

§ 9II

echten Rücknahme zu nehmen. Auch hier muss deshalb diese Vorschrift durch eine Regelung ersetzt werden, die dem Kläger ein vollständiges Rückgängigmachen der Klageerhebung gestattet.

Als Zeitpunkt, bis zu dem der Kläger die Klage ohne Zustimmung des Beklagten rückgängig zu machen imstande sein soll, kann ohne Bedenken der Beginn der mündlichen Verhandlung, also der Zeitpunkt der Stellung der Anträge, festgesetzt werden. Bis zu diesem Moment ist die Sache noch nicht derart in die Hand des Beklagten gekommen, dass diesem ein Mitspracherecht an der Klage entstanden wäre. Nach Stellung der Anträge aber muss auch der Beklagte gefragt werden, denn er hat als Prozesssubjekt ein Recht an dem Prozess erworben, das ihm bei Rückgängigmachen der Klage durch den Kläger Stimmrecht gibt (1).

Es kann jedoch nicht gebilligt werden, dass § 93 VGO auch dem Staatsanwalt ein Mitspracherecht einräumt. Durch das mitwirkungsrecht des Staatsanwaltes an der Klagerücknahme kann es nämlich passieren, dass der Staat mit dem Hinweis auf die Wahrung des objektiven Rechts - um Gerechtigkeit herzustellen - die Geltendmachung des subjektiven Rechts unterbindet. Das aber widerspräche dem von uns gefundenen Prozesszweck, der nicht besagt, dass die Wahrung des objektiven Rechts der Wahrung des subjektiven Rechts vorangehen solle. Nur eine Beseitigung des staatsanwaltlichen Mitspracherechts kann eine dem Prozesszweck entsprechende Regelung bringen. Der Ausschluss des Staatsanwaltes vom Mitspracherecht bei der Klagerücknahme entspricht nur dem Ausschluss des Staatsanwaltes bei der Klageerhebung. Aus diesen Gründen kann und muss auf ein Stimmrecht des Staatsanwaltes bei der Klagerücknahme verzichtet werden.

Daraus folgt, dass für alle fünf hier in Frage kommenden Verfahren eine einheitliche Regelung für die

(1) vergl. Linn DVB1 56, 821;

§ 9II

Rücknahme der Klage gebracht werden kann. Dafür wird folgender Text vorgeschlagen:

Die Klage kann bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden. Damit gilt die Klage als nicht erhoben. Die Zurücknahme der Klage nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung setzt die Einwilligung des Beklagten voraus.

III Die Rücknahme von Rechtsmitteln ist bereits Bestandteil eines jeden Verfahrens. Das geht aus den §§ 515, 566 ZPO, 64 Abs. 2, 72 Abs. 3 AGG, 125, 136 VGO, 110 FGO und 156, 165 SGG hervor. Die hier ersichtlichen Unterschiede gleichen denen, die wir auch bei der Rücknahme der Klage gefunden haben. Teilweise anders geregelt ist die Wirkung der Zurücknahme und die Beteiligung der Prozesssubjekte am Mitspracherecht bei der Rechtsmittelryücknahme. Verschieden ausgestaltet ist auch jeweils der Zeitpunkt, bis zu dem der Kläger ohne Zustimmung anderer das Rechtsmittel zurücknehmen kann. Auch hier sind für die Rücknahme des Rechtsmittels wie bei der Rücknahme der Klage drei Punkte wesentlich: 1. Die Möglichkeit der Rücknahme des Rechtsmittels überhaupt, 2. die Wirkung der Rücknahme, 3. die Beteiligung der Parteien an der Rücknahme.

In der ZPO, dem AGG und der VGO hat die Rücknahme der Berufung nur den Verlust des eingelegten Rechtsmittels zur Folge. Wenn die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist, kann also erneut das Rechtsmittel der Berufung eingelegt werden. Die Einlegung der ersten Berufung wird als ungeschehen betrachtet. In dem SGG bewirkt die Rücknahme der Berufung jedoch den Verlust

§ 9III

des ganzen Rechtsmittels. Auch wenn die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen ist, wird in diesem Fall durch die Rücknahme die erneute Einlegung des Rechtsmittels versperrt. Hier hat die Rücknahme die Bedeutung eines Verzichts überhaupt (1). Eine derartige Regelung muss mit denselben Gründen abgelehnt werden, mit denen auch die Vorschriften des § 102 SGG und des § 68 FGO abgelehnt wurden, wonach die Klagerücknahme den Verbrauch der Klage zur Folge hatte. Wenn der Kläger oder der Beklagte Berufung einlegen können, sollen sie sie auch wieder ungeschehen machen können. Andernfalls wäre den Parteien ein Teil ihres Dispositionsrechtes genommen. Es sind keine Gründe ersichtlich, die eine Änderung des § 156 SGG verhindern könnten. Damit kann die Rücknahme der Berufung in all den oben erwähnten Verfahren hinsichtlich ihrer Wirkung gleich ausgestaltet werden.

Das Mitspracherecht des Staatsanwaltes bei der Rücknahme der Berufung nach der VGO (§ 125) muss hier ebenfalls wie bei der Klagerücknahme beseitigt werden. Das Mitspracherecht des Staatsanwaltes hindert die Entfaltung des subjektiven Rechts. Falls der Staatsanwalt glaubt, dass zu Gunsten der Herstellung des Rechts die Einlegung der Berufung erforderlich ist, dann hat er immer noch die Möglichkeit, wegen der Rechtsmitteleinlegung auf eine Partei einzuwirken.

Da mit Stellung der Anträge der Prozess endgültig in die Hand auch des Berufungsbeklagten gelangt ist, muss ihm von diesem Zeitpunkt an ein Vetorecht bei der Rücknahme der Berufung zugestanden werden.

Es besteht daher die Möglichkeit, die ZPO, das AGG, die VGO - die rGO kennt keine Berufung - und das SGG mit einer einheitlichen Regelung auszustatten. Folgender Text wird hierfür vorgeschlagen:

Die Berufung kann bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden. Damit gilt die

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 156 Anm. 3;

§ 9III

Berufung als nicht eingelegt. Die Zurücknahme der Berufung nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung setzt die Einwilligung des Beklagten voraus.

Im Revisionsverfahren sind die ZPO, das AGG und das SGG ihrer jeweiligen Regelung in der Berufungsinstanz gefolgt. Die VGO bringt für die Wirkung der Rücknahme eine Abweichung von ihrer für die Berufungsinstanz aufgestellten Regelung: Die Zurücknahme der Revision hat den Verlust des ganzen Rechtsmittels zur Folge. Die FGO bezieht sich auf die das Verfahren vor der ersten Instanz regelnden Vorschriften. Als entsprechende Norm kann nur § 68 FGO herangezogen werden. Somit hätte die Rücknahme der Revision den Verlust des Rechtsmittels zur Folge. Danach kennen nur die ZPO und das AGG eine echte Rücknahme der Revision. In der VGO, der FGO und dem SGG bedeutet Rücknahme der Revision Verzicht auf Rechtsmittel überhaupt. Wie bei der Rücknahme der Berufung so ist auch bei der Rücknahme der Revision im Verwaltungsprozess dem Staatsanwalt ein Mitspracherecht eingeräumt. Da im allgemeinen die Berufung wie die Revision geregelt ist, hier aber keine Gründe ersichtlich sind, die zu einer anderen Regelung Anlass geben könnten, wird auch für die Rücknahme der Revision eine der Rücknahme der Berufung entsprechende Vorschrift vorgeschlagen. Diese muss dann nach entsprechender Änderung folgenden Text aufweisen:

Die Revision kann bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden. Damit gilt die Revision als nicht eingelegt. Die Zurücknahme der Revision nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung setzt die Einwilligung des Beklagten voraus.

IV Eine ausdrückliche Regelung auf Verzicht des Rechtsmittels findet sich nur in § 514 ZPO. Dort wird den Parteien die

§ 9IV

Möglichkeit des Verzichts auf Berufung eingeräumt. Es ist jedoch anerkannt, dass in allen zur Zeit geltenden Verfahren, die für unsere Untersuchung irgendwie von Bedeutung sind, auf Rechtsmittel verzichtet werden kann (1). Aus diesem Grund kann angenommen werden, dass auch im zukünftigen Verwaltungs- und Finanzgerichtsprozess die Möglichkeit des Verzichts auf Rechtsmittel durch die Parteien nicht ausgeschlossen sein soll. Das folgt auch aus den Generalklauseln, die eine Bezugnahme auf § 514 ZPO erlauben. Vorschriften, die einer solchen Bezugnahme entgegenstünden existieren nicht. Eine positive Regelung wäre aber der Klarheit wegen, und um den Unterschied zur Zurücknahme der Rechtsmittel aufzuzeigen, recht vorteilhaft.

Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, der Vorschrift über die Rücknahme der Berufung und der Rücknahme der Revision jeweils folgende Regelung als einen eigenen Paragraphen folgen zu lassen:

Die Parteien können auf die Berufung verzichten.

Die Parteien können auf die Revision verzichten.

V Der Prozessvergleich, der von den vor Gericht streitenden Parteien über den vollen oder teilweisen Streitgegenstand zur Beseitigung des Rechtsstreits abgeschlossen wird, existiert bereits praktisch in allen fünf hier in Frage stehenden Verfahren. In der ZPO gibt es für den Vergleich keine positive Vorschrift, er wird aber in seinen Voraussetzungen und Wirkungen geregelt (§§ 118 a Abs. 3, 794 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Daraus geht hervor, dass die ZPO das Zustandekommen eines Vergleichs auf jede Weise zu fördern sucht (2). Dasselbe gilt - vielleicht sogar im verstärkten Mass - für das AGG (3). Im öffentlichen Recht, wo der Vergleich in fast allen bereits jetzt bestehenden Verfahren (§ 68 VO 165, § 67 BVGG, § 101 SGG)

(1) Die Möglichkeit des Verzichts auf Revision in der ZPO folgt aus § 566, das AGG verweist auf die ZPO, vergl. Dietz-Nikisch, § 64 Anm. 33, § 74 Anm. 43, für das Verwaltungsrecht vergl. § 108 vGG, § 86 VO 165, § 248 AO u. §§ 156, 165 SGG;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I;

(3) vergl. Dietz-Nikisch, § 46 Anm. 10, § 54 Anm. 14;

§ 9v

(1) praktiziert wird, ist es gleichwohl noch nicht völlig geklärt, ob bei einem Über-Unterordnungsverhältnis überhaupt ein Vergleich möglich sein kann (2). Klar sein dürfte, dass der Prozessvergleich eine Disposition über den Streitgegenstand, also den Antrag, darstellt und deshalb an sich generell bei Vorherrschen der Dispositionsmaxime möglich ist (3). Durch die Untersuchungsmaxime - Beibringung des Streitstoffes und der Beweise durch das Gericht - wird das Zustandekommen eines Prozessvergleiches nicht gehindert. Der Prozessvergleich steht auf der Ebene der Verfügung über den Streitgegenstand und nicht auf der Ebene der Verfügung über den Streitstoff. Eine andere Frage aber ist es, wie sich der zum Teil bürgerlich rechtliche Vergleich (4) mit dem öffentlichen Recht verträgt, das heisst, ob denn die Parteien im öffentlichen Recht einen Vertrag schliessen können. Ein solcher ins öffentliche Recht übertragene Vertrag muss insoweit möglich sein, als das materielle Recht beiden Parteien einen Spielraum lässt. Der öffentliche rechtliche Prozessvergleich als Vertrag muss insoweit zulässig sein, als er sich in den Grenzen des materiell Erlaubten hält (5). Da es im öffentlichen Recht mehr positive Regelungen gibt und der Staat ausserdem an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist, ist der verhandlungsspielraum des Staates naturgemäss kleiner als der des Bürgers. Gebunden ist in erster Linie der Staat. Der Bürger dagegen kann freier verfügen. Wenn sich daher beide Parteien in dem ihnen zur Verfügung stehenden Spielraum halten, ist ein gültiger Prozessvergleich auch im öffentlichen recht möglich. Ein Prozessvergleich ist daher genauso möglich wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Auf den Streit einzugehen, ob ein gegenseitiges Nachgeben gefunden werden muss, scheint unnötig. Selbst, die, die ein gegenseitiges Nachgeben für nötig erachten, halten ja schon den blossen Verzicht auf das Urteil für

(1) das VGG kennt nur für die Parteistreitigkeiten den Vergleich, Eyermann-Fröhler, § 99 Anm. I 2, fordern ihn auch für das Anfechtungsverfahren;

(2) vergl. Linn DVBl 56, 851 und die dort angegeb. Literatur;

(3) so Ule DVBl 54, 145; Linn DVBl 56, 851; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 101 Anm. 1 b;

(4) Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 1, fasst den Vergleich rein bürgerlich-rechtlich auf;

(5) vergl. Hans, DVBl 51, 723;

§ 9V

Nachgeben (1). Da bei einem Vergleich wenigstens teilweise immer auf das Urteil verzichtet wird, wird ohnehin stets gegenseitig nachgegeben. Damit ist auch bezüglich des Vergleichs eine Möglichkeit zur Vereinheitlichung gegeben (2).

Es ist also nichts dagegen zu sagen, dass der Vergleich in das SGG und in die VGO eingeführt ist. Im Gegenteil, es sollte der Einheit wegen überall eine Vergleichsregelung vorhanden sein. Auch in der FGO sollte eine diesbezügliche Vorschrift eingeführt werden. Nötig ist also nur eine einheitliche Regelung.

In Abänderung der Vorschrift des § 101 SGG und des § 107 VGO wird folgende Regelung vorgeschlagen:

Die Parteien können zur Niederschrift des Gerichts oder des beauftragten oder ersuchten Richters einen Vergleich schliessen, soweit sie über das durch den Antrag bezeichnete Klagebegehren verfügen können.

VI Das Anerkenntnis und der Verzicht sind noch nicht in allen Verfahren eingeführt. Diese beiden Institute werden von manchen Seiten mit der Untersuchungsmaxime für nicht vereinbar gehalten (3). Diese Meinung trifft jedoch in der dort erwähnten Art nicht zu (4). Beide Institute stellen eine einseitige Erklärung dar, wobei über

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 1;

(2) Hans DVBl 51, 722/3, stellt bereits die Übereinstimmung des Vergleichs vor dem Verwaltungsgericht mit dem vor dem Zivilgericht fest. Auf seine eingehenden Ausführungen wird verwiesen;

(3) vergl. Eyermann-Fröhler, § 78 Anm. II 1 b, van Husen, § 79 Anm. 3; Klinger, § 71 Anm. D, Schunck-de Clerck, § 65 Anm. 2 b, v. Werder-Labs-Ortmann, § 68 Anm. II;

(4) dazu Linn DVBl 56, 817;

§ 9VI

einen Teilanspruch oder den vollen Streitgegenstand verfügt wird (1), so dass eine streitige Verhandlung über den durch Anerkenntnis oder Verzicht geregelten Streitgegenstand ausgeschlossen ist. Beide Einrichtungen sind völlig unabhängig von der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime (2). Die Verfügungen, die zum Anerkenntnis oder zum Verzicht führen, beziehen sich nicht auf Tatsachen, sondern auf die rechtlichen Folgerungen von Tatsachen, nämlich auf den prozessualen Anspruch selbst. Von dem Anerkenntnis und dem Verzicht zu scheiden ist das Geständnis. Allein das Geständnis bedeutet ein Zugestehen von Tatsachen (3). Dieses ist daher mit der Untersuchungsmaxime nicht vereinbar. Wer Anerkenntnis und Verzicht für mit der Untersuchungsmaxime nicht vereinbar hält, verwechselt entweder die Untersuchungsmaxime mit dem Officialprinzip oder sieht Anerkenntnis und Verzicht in einem falschen Licht.

Anerkenntnis ist das Zugeständnis des Gegners, dass der Anspruch bestehe, und Verzicht das Zugeständnis des Klägers, dass der Anspruch nicht bestehe. Auf Grund von Anerkenntnis und Verzicht allein ist der Rechtsstreit oder der davon betroffene Teil des Rechtsstreites noch nicht beendet. Um einen Titel zu erlangen, muss der Rechtsstreit durch eine Erklärung des Gerichts oder durch eine einheitliche Erklärung der Parteien beendet werden. Es ist nun eine Regelung denkbar, nach der auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichts auf Antrag ein Urteil ergehen muss, wie es in der ZPO geregelt ist (§ 306 Anerkenntnisurteil, § 307 Verzichtsurteil). Das hat den Vorteil, dass damit die Urteilst Wirkungen (Feststellungswirkung und Verbot der Anfechtung) eintreten. Es ist aber auch eine Regelung denkbar, nach der, wie bei einem Vergleich, das Anerkenntnis oder der Verzicht durch die Annahme des Gegners vor Gericht

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 1, 2; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 101 Anm. 3;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 II; Ule, BVVG, § 49 Anm. 1; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 101 Anm. 3; Linn DVBl 56, 817/8;

(3) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 2;

§ 9VI

zu einem Titel und der Streit in der Hauptsache dann für erledigt erklärt wird, wenn die Nebenfolgen nicht von Anerkenntnis oder Verzicht ergriffen werden. Das gleicht im grossen und ganzen der Regelung im SGG (§ 101). Dabei kommt es allerdings nicht zu den Urteilstwirkungen. Trotzdem bestehen auch hier wohl nicht mehr Befürchtungen für eine Wiederholung des Rechtsstreits. Anerkenntnis und Verzicht lassen sich nur in sehr beschränktem Masse wieder rückgängig machen. Man könnte aber auch im Anschluss an die SGG-Regelung bei vollstreckbarem Anerkenntnis oder Verzicht wegen der Kostenregelung eine dem § 98 ZPO ähnliche Vorschrift einführen. Dann wäre nach Anerkenntnis oder Verzicht ein Titel wie bei einem Vergleich vorhanden. Der Rechtsstreit brauchte dann nicht in der Hauptsache für erledigt erklärt zu werden, um eine gerichtliche Kostenentscheidung zu erhalten. Im Zweifel würde sich die Kostenregelung ja automatisch nach der Hauptsache richten.

Dieser letzte Vorschlag würde der bisherigen Regelung des Vergleichs im SGG sehr nahe kommen. Eine solche Regelung wäre insoweit zu erwägen, als die Institution des Anerkenntnisses und des Verzichts im Wesen der des Vergleichs ähnlich ist. Ist es doch jetzt schon denkbar, dass beispielsweise ein Anerkenntnis vor dem Zivilgericht letztlich in einem Vergleich aufgeht. Der Vergleich besteht darin, dass die eine Partei den Anspruch anerkennt die andere auf das Urteil verzichtet. Damit ist das Anerkenntnis in Form eines Vergleichs schon ein Titel. Wenn nichts Besonderes gesagt ist, würde sich dann die Kostenregelung in entsprechender Anwendung nach § 98 ZPO regeln. Auch in diesem Sinne könnten das Anerkenntnis und der Verzicht in allen fünf hier in Frage stehenden Verfahren eingeführt werden. Da eine solche Regelung bisher nur in einem Fall, in § 101 SGG, erfolgte, für eine derartige Handhabung somit wenig Erfahrung besteht, sollte jedoch die vielfach bewährte ZPO-Regelung übernommen werden.

§ 9VI

In den bürgerlich-rechtlichen Verfahren wird das Anerkenntnis und der Verzicht in der eben beschriebenen Weise tagtäglich praktiziert. Für die Einführung des Anerkenntnisses und des Verzichts in die öffentlich rechtlichen Verfahren gilt das schon bei dem Vergleich Gesagte. Es besteht auch im öffentlichen Recht kein Hinderungsgrund, diese Institutionen einzuführen, da hier die Dispositionsmaxime herrscht. Allerdings kann nur in dem Mass anerkannt und verzichtet werden, in dem es das materielle Recht und der Gleichheitsgrundsatz zulässt. Denn auch hier gilt es wie bei dem Vergleich zu beachten, dass der Spielraum für die Parteien kleiner ist als im Privatrecht. Einer besonderen Erwähnung dieses Gedankens durch das Gesetz bedarf es nicht.

Im SGG ist das Anerkenntnis bereits eingeführt. Obwohl in diesem Gesetz vom Verzicht nicht die Rede ist, wird er doch als möglich angenommen (1). In der VGO ist weder vom Anerkenntnis noch vom Verzicht eine Regelung vorhanden. § 153 VGO (Kostenregelung) deutet aber die Möglichkeit eines Anerkenntnisses an. Wenn damit das Anerkenntnis gebilligt wird, dann kann diesem Gesetz, der VGO, auch ein Verzicht nicht widersprechen. Der Klarheit wegen sollten in der VGO und dem SGG positive Vorschriften über Anerkenntnis und Verzicht eingeführt werden (2). Dasselbe muss notgedrungen für die FGO gelten, wo bisher weder das Anerkenntnis noch der Verzicht erwähnt ist. Einer gemeinsamen Neuregelung stehen daher keine Schwierigkeiten mehr im Wege.

Die Vorschrift des § 101 SGG müsste beseitigt werden. - Die Vorschriften der §§ 306, 307 ZPO können unverändert übernommen werden. Sie geben der durch Anerkenntnis und Verzicht vorgenommenen Verfügung über den Streit-

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG § 101 Anm. 3;

(2) vergl. Ule DVBl 54, 144; Linn DVBl 56, 818;

§ 9VI

gegenstand genügend Ausdruck.

Die Einführung folgender Vorschriften in alle Verfahrensordnungen wird daher vorgeschlagen:

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnis gemäss zu verurteilen.

VII Als Unterfall des Verzichts ist in den privatrechtlichen Verfahren die Regelung über die Wirkung der Säumnis des Klägers ausgebildet (1). Da dieser Teil des Versäumnisverfahrens vom Vorherrschen der Dispositionsmaxime abhängt, muss auch geprüft werden, ob sich die Wirkung der Säumnis des Klägers in allen fünf hier in Betracht kommenden Verfahren einheitlich regeln lässt.

Bisher gibt es nur in den privatrechtlichen Verfahren das Versäumnisurteil. Die Säumnis des Klägers hat dabei die Wirkung eines Verzichts und die des Beklagten die eines Geständnisses (2). Im 1. Fall kann so-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 106 IV 1; Ule DVBl 54, 145; Linn DVBl 56, 818/9;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 106 IV 1, § 106 V; Ule DVBl 54, 145; Linn DVBl 56, 818/9;

§ 9VII

fort Urteil ergehen, wenn es der Beklagte beantragt. Im zweiten Fall muss erst noch die Schlüssigkeit geprüft werden, denn es werden ja nur die Tatsachen zugestanden. Bei der Säumnis des Klägers wird über den Antrag disponiert, bei der Säumnis des Beklagten nur über die Tatsachen. Da nun in allen fünf hier auf die Vereinheitlichung hin zu untersuchenden Verfahren die Dispositionsmaxime herrscht, müsste die Wirkung der Säumnis des Klägers überall wie in der ZPO geregelt werden können. Die Möglichkeit dazu steht auch offen. Es fragt sich nur, ob eine solche Lösung auch praktisch wäre. Zu bedenken ist nämlich, dass die Wirkung der Säumnis des Klägers in allen Verfahren einheitlich geregelt wäre, die der Säumnis des Beklagten dagegen nicht. In den privatrechtlichen Verfahren herrscht nämlich die Verhandlungsmaxime, in den öffentlich rechtlichen Verfahren dagegen die Untersuchungsmaxime, die die in der ZPO vorgenommene Regelung über die Wirkung der Säumnis des Beklagten nicht zulässt. Es scheint auch nicht angängig, die Säumnis des Beklagten in den öffentlich rechtlichen Verfahren einfach als Anerkenntnis auszugestalten, um die Möglichkeit eines Versäumnisurteils dogmatisch zu rechtfertigen. Diesen Weg hat auf der Beklagtenseite nicht einmal die ZPO beschritten. Es ist also praktisch ausgeschlossen, der Säumnis des Beklagten den Charakter eines Anerkenntnisses zu geben (1). Danach könnte - der ZPO nur teilweise angeglichen - in den öffentlich rechtlichen Verfahren nur eine Vorschrift eingeführt werden, wonach bei Säumnis des Klägers ohne Prüfung der Schlüssigkeit auf Antrag Urteil zu ergehen hätte. Da aber deswegen wahrscheinlich wie in der ZPO die Möglichkeit des Einspruchs in die Verwaltungsverfahren eingebaut werden müsste, ausserdem die Säumnis des Klägers ausserordentlich selten ist, scheint es für die Verwaltungsverfahren am besten, auf das Versäumnisverfahren

(1) Ule DVBl 54, 145, der auch das Säumnisverfahren der ZPO voll übernehmen will, will die Ausnahme, die die Wirkung der Säumnis des Beklagten bei der Untersuchungsmaxime bilden würde (Geständnis!), bestehen lassen;

§ 9VII

der ZPO zu verzichten.

Insoweit findet sich hier eine Grenze der Vereinheitlichung, die sich teils aus praktischen (Säumnis des Klägers), teils aus dogmatischen Gründen (Säumnis des Beklagten) ergibt.

Doch auch im Verwaltungsprozess sollten die Folgen der Säumnis einer Partei geregelt werden. Auch hier sollte die Säumnis einer Partei für diese einen Nachteil mit sich bringen, damit eine in aussichtsreicher Position befindliche Partei zum Einhalten ihres Termins gezwungen wird. Als eine diesem Gedanken entsprechende Vorschrift bietet sich § 126 SGG an. Danach kann das Gericht bei Säumnis einer Partei auf Antrag der anderen Partei einen Entscheid nach Lage der Akten herbeiführen. Falls einer Partei an einer weiteren mündlichen streitigen Verhandlung liegt, um ihre Lage aussichtsreicher gestalten zu können, dann wird sie dadurch zum Einhalten ihres Termins gezwungen. Im Übrigen besteht nicht die Gefahr, dass unter Umgehung der Untersuchungsmaxime entschieden wird. In den Worten "kann das Gericht nach Lage der Akten entscheiden" (§ 126 SGG) liegt das darin. Es darf nämlich nur dann entschieden werden, wenn auf Grund vorheriger gerichtlicher Untersuchungen eine gerechte Entscheidung möglich ist. Falls der Sachverhalt genügend geklärt ist, braucht nicht erst auf das Eintreffen der säumigen Partei gewartet zu werden.

Wenn diese Überlegungen auch nicht zur Dispositionsmaxime gehören, so soll doch trotzdem hier für den Fall der Säumnis einer Partei ein einheitlich einzuführender Text für die VGO, die FGO und das SGG vorgeschlagen werden. Die Unmöglichkeit, die Säumnis für alle fünf hier in Frage kommenden Verfahren einheitlich zu regeln, soll die bei obiger Untersuchung auftauchende Frage nach der Regelung der Säumnis im öffentlich-rechtlichen Prozess nicht unbeantwortet lassen. Die

§ 9VII

VGO, die FGO und das SGG sollten daher zur Regelung der bei der Säumnis einer Partei auftauchenden Fragen folgenden Text erhalten:

Das Gericht kann nach Lage der Akten auch dann entscheiden, wenn eine der Parteien im Termin nicht erscheint und die anwesende Partei eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragt.

§ 251 a Abs. 1 Satz 2 - 4 ZPO gilt entsprechend.

Damit wird zugleich gesagt, dass eine Entscheidung nach Lage der Akten auch im Fall der Säumnis beider Parteien im Sinn des § 251 a ZPO möglich ist.

3. A b s c h n i t t : Der Streitgegenstand

§ 10 Übersicht über die Entwicklung des Streitgegenstandes im Zivil- und Verwaltungsprozess.

I Wie die Erörterungen im ersten Abschnitt gezeigt haben, erschöpft sich der Prozess in allen fünf Verfahren darin, dem Bürger im Rahmen des objektiven Rechts die Durchsetzung des subjektiven Rechts zu gewährleisten. Als Auswirkung dieses Prozesszwecks zeigte sich bei den Untersuchungen im zweiten Abschnitt die Notwendigkeit zur konsequenten Einführung des Dispositionsmaxime. Der Prozesszweck zeigt sich aber auch in Auswirkungen auf den Streitgegenstand. Ja, man kann wohl sagen, dass sich der Streitgegenstand ebenso wie die Regelung der Verfügung über den Antrag bis zu einem gewissen Grad nach der Aufgabe des Prozesses bestimmt (1). Über den Weg Prozesszweck - verfügbungsbefugnis über den Streitgegenstand kommt man so zum Streitgegenstand selbst (2).

Bei Vorherrschen des von uns hier für allgemeingültig erklärten Prozesszwecks, bei dem neben der Wahrung des objektiven Rechts hauptsächlich die Wahrung des subjektiven Rechts als Ziel angesehen wird, kann es als Parallele zur Dispositionsmaxime nur einen der Disposition der Parteien unterliegenden Streitgegenstand geben. Man kann auch sagen, die Dispositionsmaxime findet in dem der Disposition der Parteien unterliegenden Streitgegenstand "ihre letzte Entfaltung" (3). Ein dem Parteibegriff entzogener Streitgegenstand ist deshalb in allen hier in Frage kommenden Verfahren nicht denkbar. Ein solcher könnte nur als Folge eines Prozesszwecks gedacht werden, der allein die Wahrung des objektiven Rechts zum Ziel hat (4).

(1) so Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, S.103;

(2) Diesen Weg ist bereits Habscheid, Streitgegenstand, S.222 ff., bei der Bestimmung des Streitgegenstandes in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegangen;

(3) Habscheid, Streitgegenstand, S.173, ferner S.107; ähnlich Bettermann DVBl 53, 163;

(4) das bringt Bettermann DVBl 53, 163 zum Ausdruck;

§ 10I

Wenn den Parteien die Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte gewährt ist, dann haben sie auch das recht, den Inhalt des subjektiven Rechts zu bestimmen, das sie mit Hilfe des Gerichts durchsetzen wollen. Daraus folgt, dass es allein in der Hand der Parteien liegt, dem Gericht gegenüber zu bestimmen, über was dieses entscheiden soll. Die Parteien sind es also, die den Gegenstand des Rechtsstreits bestimmen (1). Von dieser Erkenntnis aus lässt sich der Streitgegenstand in groben Umrissen abzeichnen. Da der Verfügung der Parteien nur Antrag und Sachverhalt, nicht aber die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses unterliegen können und der Sachverhalt allein niemals das Wollen des Klägers ausdrückt, muss der Antrag zum Streitgegenstand gehören. Als erstes Ergebnis lässt sich somit sagen, dass es bei einem Prozess, der sich die Wahrung des subjektiven Rechts zum Ziel genommen hat, in erster Linie der Antrag zum Streitgegenstand gehört.

Die Frage, ob der Antrag dabei materiell oder prozessual aufzufassen ist, wohl auch das Problem der Rolle des Sachverhalts, können vom Prozesszweck her kaum endgültig gelöst werden. Dazu sind andere Untersuchungen erforderlich. Wichtig ist uns, dass der in allen hier in Frage stehenden Verfahren herrschende Prozesszweck der Wahrung des subjektiven Rechts im Rahmen des objektiven Rechts zu einem Streitgegenstand zwingt, bei dem der Klageantrag im Mittelpunkt steht.

Ohne tiefer in die Lehre über den Streitgegenstand eindringen zu müssen, lässt sich schon hier wenigstens über den Sachverhalt eine Aussage machen. Im Verwaltungsprozess herrscht die Untersuchungsmaxime. Danach kann hier der Sachverhalt nicht zum Streitgegenstand gehören, da andernfalls der Streitgegenstand der Verfügung der Parteien und des Gerichts unterliegen würde. Das Gericht würde

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 167, 217, 222;

§ 101

nämlich über einen Teil des Streitgegenstandes, über den Sachverhalt, allerdings objektiv bestimmen können. Das widerspräche den von uns herausgearbeiteten Grundsätzen von der alleinigen Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand. Ist es aber denkbar, dass allein wegen des Unterschiedes der Maximen über die Stoffbeibringung im Zivilprozess der Sachverhalt zum Streitgegenstand gehört und im Verwaltungsprozess nicht? Es ist kaum denkbar. Danach kann man jetzt schon sagen, dass der Sachverhalt wohl kaum zum Streitgegenstand gehört (1).

II Zu dieser Erkenntnis ist man im Zivilprozess gekommen, ohne dass man bewusst vom Prozesszweck ausging und vom dogmatischen Zweck her konstruierte. Dieser Streitgegenstand wurde vielmehr eher auf pragmatischem Weg gefunden. Man ging meist von der Praxis aus. Man orientierte sich an Instituten, die für den Streitgegenstand Prüfstühle bilden. Dabei erwies es sich, dass die Auffassung, die zum Streitgegenstand in erster Linie den Antrag zählt, zu den besten Ergebnissen kommt. Ein Beweis mehr dafür, dass der aus dem Prozesszweck entwickelte dasselbe sagende Streitgegenstand zutrifft. Unter den Zivilprozessrechtslehrern findet sich kaum ein Autor, der nicht irgendwie den Antrag zum Streitgegenstand rechnete. Für die Zivilprozessualisten ging es meist darum, ob der Antrag materiell oder prozessual aufgefasst werden muss und ob der Sachverhalt oder ein Teil des Sachverhalts zum Streitgegenstand gehört.

Im Verwaltungsprozess dagegen - die Parteistreitigkeiten richten sich weitgehend nach dem Zivilprozess - ist man mehr oder weniger noch vom Grundsätzlichen her auf der Suche nach dem Streitgegenstand (2). Da man offenbar weniger Zeit hat, um an Hand von praktischen Fällen - also wie im Zivilprozess - den richtigen Streitgegenstand heranreifen zu lassen, zog man hier den dogmatischen Weg vor. Man ging meist vom Prozesszweck aus.

(1) diese Argumentation findet sich bei Haustein, Streitgegenstand, S.132;

(2) zur Literatur vergl. die Übersicht bei Lerche Bay. VB1 56, 296/7, der wir uns im wesentlichen anschliessen;

§ 10II

Entsprechend den verschiedenen Auffassungen vom Prozesszweck sind hier denn auch verschiedene Streitgegenstände, die sich grundsätzlich unterscheiden, zu finden. Die Autoren, die in der Hauptsache die Wahrung des subjektiven Rechts vertreten, kommen auch zu dem Ergebnis, dass der Antrag in der einen oder anderen Form Streitgegenstand ist. Das ist die Richtung, wie sie im Grunde von jedem Zivilprozessualisten mit mehr oder weniger Abänderungen vertreten wurde und noch vertreten wird. Die Autoren, die hauptsächlich als Prozesszweck die Wahrung des objektiven Rechts vertreten, bilden dementsprechend einen objektiven Streitgegenstand, nämlich einen, der von dem hinter dem Antrag stehenden Rechtsverhältnis gebildet wird. Diese Richtung findet bei der Lehre im Zivilprozess keine Parallele. Ist der Streitgegenstand ein objektiver, dann ist er der Disposition des Klägers entzogen. Ist eine Klage einmal anhängig, dann wird das objektiv dahinter stehende Rechtsverhältnis als Streitgegenstand betrachtet und nicht der der Disposition des Klägers unterliegende Antrag.

Aus diesem Grundsatzstreit scheinen die Autoren als Sieger hervorzugehen, die den Antrag als Streitgegenstand auffassen. Auch wir unterstützen diese Richtung, da sie allein dem nach unserer Auffassung richtigen Prozesszweck entspricht.

Da es im Verwaltungsrecht schon um derartige Grundsatzentscheidungen geht, finden sich nur wenig Abhandlungen, die wie im Zivilprozessrecht die Art des Streitgegenstandes vom Antrag her gesehen untersuchen, die prüfen, ob der Antrag materiell oder prozessual und in Verbindung mit dem Sachverhalt gesehen werden muss. Um die mögliche Angleichung des Streitgegenstands des Verwaltungsprozesses mit dem des Zivilprozesses vollziehen zu können, der in der Entwicklung bereits weiter fortgeschritten und schon zu einer prozessualen Lösung gekommen ist, müssen im Verwaltungsprozessrecht diese

§ 10II

Lücken in Anlehnung an den zivilprozessualen Streitgegenstand ausgeglichen werden.

III Unser aus dem Prozesszweck als Parallele zur Dispositionsmaxime entwickelter Streitgegenstand bedarf der Bestätigung und der Verfeinerung. Aus diesem Grund soll die Entwicklung des Streitgegenstandes im Zivilprozessrecht, wo von Anfang an der Antrag in den Mittelpunkt gestellt und die Entwicklung meist aus der Erfahrung gewonnen wurde, an Hand der einzelnen Lehren aufgezeigt werden. Auf dieselbe Weise soll die Entwicklung des verwaltungsrechtlichen Streitgegenstandes dargestellt werden. Dabei wird die Auswirkung des Prozesszwecks deutlich. Es können die im Zivilprozess gewonnenen Erkenntnisse wieder angewandt werden: Der ausgebaut Zivilprozess vermittelt dem verwaltungsrechtlichen Streitgegenstand bei der Frage nach der Auffassung vom Antrag wertvolle Hilfe. Auf die einzelnen Lehren muss ausserdem ihrer Bedeutung wegen eingegangen werden. In Verbindung mit der Darstellung der einzelnen Lehren wird sich dann ein endgültiges Bild vom Streitgegenstand ergeben. Es wird sich zeigen, ob der Streitgegenstand voll und ganz vereinheitlicht werden kann.

Nach den Erörterungen dieser Art werden die Grenzen und Möglichkeiten der vom Streitgegenstand betroffenen Institute untersucht. Entsprechend dem einheitlichen Streitgegenstand - dieser wird hier schon vorausgesetzt - müsste eine weitgehende Vereinheitlichung dieser mit dem Streitgegenstand zusammenhängenden Institute genauso möglich sein, wie wir sie bei den von der Dispositionsmaxime Betroffenen Vorschriften als möglich bereits gefunden haben.

§ 11 Die Entwicklung des Streitgegenstandes im Zivilprozess (1).

I Nach Savigny erwachsen der Rechtsgrund und die Rechtsfolge in Rechtskraft. Das heisst, Streitgegenstand sind der Tenor und die Urteilsgründe oder Urteilsэлеmente (2). Savigny glaubt nämlich, dass der Sinn der Rechtskraft nur dann erfüllt ist, wenn auch die Gründe in Rechtskraft erwachsen. Savigny meint, dass, wenn die Gründe nicht in Rechtskraft erwachsen, die Identität einer künftigen Klage nicht festgestellt werden kann (3). Wenn aber die Identität nachfolgender Klagen nicht festgestellt werden könne, dann sei der Rechtskraft Zweck und Aufgabe genommen. Als Beispiel führt Savigny u.a. die "Eigentumsklage" an: Diese Klage könne wegen Nichtvorhandensein des Eigentums des Klägers, wegen Nichtbesitzes des Beklagten oder wegen Bestehens eines Vergleichs, Mietvertrags oder Pfandrechts abgewiesen werden. Bei einer künftigen verwandten Klage (gemeint ist eine auf dasselbe Begehren gerichtete Zweitklage) könne von der Rechtskraft dieses Ersturteils dann kein Gebrauch gemacht werden, wenn wegen fehlender Rechtskraft der Urteilsэлеmente nicht bekannt sei, weswegen die Erstklage abgewiesen worden ist (4). Aus diesem Grunde müssten die Urteilsэлеmente in Rechtskraft erwachsen. Savigny geht an sich nicht von einer falschen Voraussetzung aus. Über die Zulässigkeit der Zweitklage, bei der dasselbe begehrt wird, kann nur dann entschieden werden, wenn bekannt ist, weshalb die erste Klage abgewiesen wurde. Deshalb aber, und das ist der Fehler Savignys, brauchen die Gründe nicht in Rechtskraft zu erwachsen. Über die Zulässigkeit der Zweitklage kann man entscheiden, wenn man die Gründe der Erstklage kennt, die blossе Kenntnis genügt. Erwachsen die Gründe in Rechtskraft, dann ist des Guten zu viel getan. Es stellen sich Nebenfolgen ein. Man könnte als konsequente Folge in

(1) ähnliche Darstellungen finden sich bei Schwab, Streitgegenstand, S.7-71 und bei Habscheid, Streitgegenstand, S.18-86;

(2) Savigny, System des heutigen röm.Rechts, Bd. 6, S. 358;

(3) " " " " " " " S.355-359;

(4) " " " " " " " S.355 ff, 367;

Für uns ist eine Feststellung wesentlich.

Das Erscheinen der ZPO hat endgültig klar ge-

legt, dass die Urteilselemente nicht mit in Rechtskraft erwachsen. Das wird allgemein aus dem "nur insoweit" des § 322 ZPO geschlossen (2). - Das ist allerdings nicht die einzige Bedeutung dieser zwei Worte. - Damit aber wurde unserer Meinung kein wirklicher Gegensatz zu Savigny geschaffen. Es erfolgte nur eine Richtigstellung.

II Als hauptvertreter der Lehre, dass allein der materiell-rechtliche Anspruch Streitgegenstand ist, kann Bettermann gelten (3). In seinem Kommentar zum Mieterschutzgesetz stellt er das Aufhebungsrecht und den Aufhebungsgrund dem Klageanspruch und dem Klagegrund gleich (4). Er kommt zu dem Schluss, "Streitgegenstand der (Miet) Aufhebungsklage ist das einzelne aus einem bestimmten Sachverhalt = Aufhebungsgründe erwachsene Aufhebungsrecht" (5).

(1) vergl. Seite 93 ff.;

{2} vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.149;

(3) so Habscheid, Streitgegenstand, S.24, dessen Darstellung
Bettermanns Lehre hier als Vorbild diente;

(4) Bettermann, Mieterschutzgesetz, vorb.69 zu den §§ 2-4;

(5) " " verb.72 zu den 2-4;

vergl. ferner MDR 54, 198/9;

Damit identifiziert er den materiell-rechtlichen Anspruch auf Gestaltung mit dem Streitgegenstand. Bei mehreren materiell-rechtlichen Aufhebungsgründen sieht er dementsprechend auch eine Klagenhäufung (1). Bettermann lässt auch nur ein Urteil ergehen, wenn einer der Ansprüche zur Entscheidung reif ist (2). Eine Klageänderung erblickt er, wenn an die Stelle eines materiellen Aufhebungsrechtes oder daneben ein neues tritt (3). Bettermann führt diese seine Lehre auch konsequent weiter. Die Möglichkeit einer Erhebung einer Zweitklage bei noch anhängiger Erstklage oder bereits rechtskräftiger Erstklage wird nach denselben Grundsätzen beurteilt. Die durch § 616 ZPO und § 17 MSchG bewirkte Ausschliessung von Klagen fasst er nach seiner Theorie folgerichtig als rechtskraftfremde Präklusion auf.

Den vom materiellen Recht gebildeten Streitgegenstand lehnt die herrschende Lehre ab (4). Ein solcher Streitgegenstandsbegriff ist im Zivilprozessrecht bereits überwunden. Man nimmt heute allgemein an, dass, wenn ein mit einem Sachverhalt gebildetes Begehren von mehreren materiell rechtlichen Ansprüchen gestützt wird, trotzdem nur ein Streitgegenstand vorhanden ist. Denn mit diesen mehreren materiellen Rechten macht man ja doch nur einen Antrag, einen prozessualen Anspruch, geltend, will man ja nur ein Urteil erlangen (5). Wäre das materielle Recht Streitgegenstand, dann stünde oft erst mit dem Urteil fest, ob überhaupt ein Streitgegenstand vorhanden ist. Bei Klageabweisung wäre dann überhaupt kein Streitgegenstand vorhanden gewesen (6)! Ausserdem ist es nicht Aufgabe der Parteien, die Rechtsätze zu finden, die den Antrag stützen (7). Die rechtliche Würdigung obliegt dem Richter. Heute stellt man allein auf das Begehren, auf den prozessualen Anspruch ab. Man vertritt die sogenannte prozessuale Theorie.

(1) Bettermann, Mieterschutzgesetz, vorb.71, 79-83 zu den §§ 2-4;
(2) " " Vorb.77-77a, 83a zu den §§ 2-4;
(3) " " Vorb.75-75a zu den §§ 2-4;
(4) vergl.Rosenberg, Lehrbuch, § 88 I 2 b;
(5) vergl.Schwab, Streitgegenstand, S.17;
(6) vergl.Habscheid, Streitgegenstand, S.113 insbes.114, 116;
(7) vergl.Stein-Jonas-Schönke, § 260 Anm.II A 2;

§ 11II

Wichtig ist aber auch bei Bettermann, dass er den Antrag, also einen der Disposition der Parteien unterliegenden Streitgegenstand, in den Mittelpunkt stellt.

III Vertreter dieser oben erwähnten prozessualen Theorie sind Stein-Jonas-Schönke, Seuffert-Walsmann, Baumbach-Lauterbach, Schönke, Nikisch, Bötticher, Rosenberg, Habscheid und Schwab. Diesen Autoren ist allerdings nur gemeinsam, dass sie einen prozessualen Anspruch als Streitgegenstand anerkennen, der aus mehreren materiellen Rechten bestehen kann. Ausserdem bestehen auch zwischen ihnen Unterschiede. Alle sehen in einer Klage auf Zahlung von 1000 DM für den aus einem Unfall erlittenen Schaden eines Strassenbahnbenutzers (1) nur einen Streitgegenstand, obwohl die Klage auf das Haftpflichtgesetz, unerlaubte Handlung und positive Vertragsverletzung gestützt werden kann. Eine Klagenhäufung liegt demnach dann nicht vor, wenn ein Sachverhalt rechtlich verschieden qualifiziert wird. In ähnlicher Weise lösen diese Autoren die Frage der Klageänderung, der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft. Das ist wie bereits gesagt das einzige gemeinsame Band, das diese oben genannten Autoren verbindet. Unter den Prozessualisten besteht wieder Streit, welchen Umfang das prozessuale Begehren hat und welche Rolle der Sachverhalt dabei spielt. Auch der Begriff Begehren ist umstritten.

Es folgt nun eine Darstellung der Ansichten der wichtigsten Vertreter der prozessualen Theorie. Es sollen nur die Ansichten der Autoren wiedergegeben werden, deren Streitgegenstandsbegriff schrittweise zu dem von uns angenommenen Streitgegenstand führt. Alle diese Autoren vertreten wie die bisher genannten einen der Disposition des Klägers unterliegenden Streitgegenstand.

(1) Beispiel bei Rosenberg, Lehrbuch, § 88 II 3 a α;

§ 11III

IV Die engste wohl aber auch am konsequentesten durchgeführte Auffassung von einem prozessualen Streitgegenstand vertreten Stein-Jonas-Schönke. Bei ihnen wird der Streitgegenstand vom prozessualen Anspruch und vom Sachverhalt gebildet (1). Die Änderung des einen oder anderen Teiles hat stets die Änderung des Streitgegenstandes zur Folge. Eine Klagenhäufung liegt vor, wenn der Klage mehrere Anträge zugrunde liegen, und auch dann, wenn ein Antrag mit mehreren Sachverhalten begründet wird (Kläger weist z.B. auf Übereignung und Ersitzung hin). Nach diesem System wird das Problem der Rechtshängigkeit und das der Rechtskraft gelöst. Auch die Klageänderung folgt dieser Anschauung konsequent. Identität liegt zwischen zwei Streitgegenständen nur dann vor, wenn sich Antrag und Sachverhalt gleichen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass nicht einzusehen ist, wieso nur auf Grund mehrerer Sachverhalte mehrere Streitgegenstände vorhanden sein sollen. Es wird doch stets nur ein Urteil verlangt, mag die Herausgabeklage nun auf Grund Eigentums oder vorherigen Besitzes geltend gemacht werden. In gewisser Hinsicht muss hier die Kritik in derselben Art wie bei Bettermann, nur auf einer höheren Ebene, einsetzen (2). War bei Bettermann nicht einzusehen, wieso mehrere materiell rechtliche Ansprüche trotz gleichem Antrag zu mehreren Streitgegenständen führen sollen, so ist bei Stein-Jonas-Schönke nicht einzusehen, wieso mehrere Sachverhalte trotz gleichem Antrag zu mehreren Streitgegenständen führen sollen (3).

Gegen Stein-Jonas-Schönke spricht weiter (4), dass es auch im Zivilprozess Umstände gibt, die dem Gericht die Verfügung über den Sachverhalt geben. Im Eheprozess herrscht die Untersuchungsmaxime. Die Verfügung über den Sachverhalt ist den Parteien entzogen, nur der Antrag unterliegt noch ihrer Disposition. Sollte hier der stets der Disposition der Parteien unterliegende Streitgegenstand

(1) vergl. Stein-Jonas-Schönke, § 253 Anm. III 2;

(2) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 76;

(3) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 76-83;

(4) vergl. Seite 63, 64;

§ 11IV

anders sein, nur weil hier die Untersuchungsmaxime herrscht? Das ist kaum anzunehmen (1).

V Nikisch ging einen Schritt weiter. Er verlagerte das Gewicht wenigstens teilweise vom Sachverhalt auf den Antrag. Er definiert den Streitgegenstand als "die Rechtsbehauptung, über die der Kläger eine der Rechtskraft fähige Entscheidung begehrt" (2). Nach Nikisch gehört der Sachverhalt nur in den Fällen zum Streitgegenstand, in denen die Rechtsbehauptung, über die eine rechtskraftfähige Entscheidung begehrt wird, nicht genügend individualisiert ist. Das ist seiner Meinung nach meist bei den Leistungs- und Gestaltungsclagen der Fall. Bei Feststellungsklagen dagegen stellt er allein auf den Antrag ab. In seiner Monographie hat er ausserdem die Meinung vertreten, dass bei der Klagenhäufung *s t e t s* die Zahl der Rechtsschutzgesuche über die Zahl der Streitgegenstände entscheide. Hier hat er seine Antragstheorie also auf Leistungs- und Gestaltungsclage ausgedehnt. Davon ist er jedoch in seinem Lehrbuch wieder abgerückt. Bei Klageänderung, der Frage der Rechtshängigkeit und der der Rechtskraft zählt er den Klagegrund (Sachverhalt) bei Leistungs- und Gestaltungsclagen zum Streitgegenstand.

Der Fehler Nikischs liegt einmal darin, dass er nicht konsequent auf den Antrag abstellt, sondern Klagen, in denen der Sachverhalt den Streitgegenstand begrenzt, zulässt, zum anderen darin, dass er auf die Rechtsbehauptung abstellt. Nikischs Rechtsbehauptung enthält nicht die Rechtsschutzform (3). Feststellungs- und Leistungsklage können daher bei ihm unter Umständen den gleichen Streitgegenstand haben. Nikisch drückt in seiner Definition ferner nicht aus, dass der Streitgegenstand selbst ein Begehren verkörpert. Unserer Meinung nach besteht der Streitgegenstand aus drei Elementen (4):

-
- (1) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S.132 ff.;
 - (2) Nikisch, Streitgegenstand, S.2, 14 ff., Lehrbuch § 42 I 4
 - (3) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.188; Habscheid, Streitgegenstand, S.47;
 - (4) dazu besonders Haustein, Streitgegenstand, S.151; vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.186, 188, der eine wohl ähnliche Meinung vertritt;

§ 11V

Einmal aus einem Begehren, nämlich der Bitte an das Gericht um nachgesuchte Entscheidung; was begehrt wird, ist in eine bestimmte Form gekleidet, die klageform, das ist der zweite Bestandteil; das dritte Element wird schliesslich von der Rechtsbehauptung gebildet, es ist das, worüber entschieden wird. Nikischs blosser Hinweis auf die Rechtsbehauptung genügt daher nicht. Seinem Streitgegenstand fehlen noch zwei Elemente.

VI Rosenbergs Streitgegenstandslehre war bis zur 5. Auflage seines Lehrbuchs von Nikisch beeinflusst. Seit der 6. Auflage folgt Rosenberg der Lehre Schwabs (1). Im Gegensatz zu Nikisch hat Rosenberg aber auch schon in der fünften Auflage den Streitgegenstand nicht als Rechtsbehauptung sondern als "das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren, das durch den gestellten Antrag, und, soweit nötig, durch den zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt gekennzeichnet wird" bezeichnet (2). wesentlich ist, dass er nicht Nikischs "Rechtsbehauptung" einfach weiterführte, sondern den prozessualen Anspruch als so zusammengesetzt bezeichnete, wie er unserer Meinung nach ist, als Begehren, das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Darin ist neben der Rechtsbehauptung das Begehren und die Klageform (folgt aus dem Antrag) enthalten. Im übrigen gilt für die in der fünften Auflage verfochtenen Meinung im Prinzip die schon bei Nikisch geübte Kritik. Zwei Sachverhalte, die einen Antrag stützen, können deswegen nicht zwei Streitgegenstände bilden, weil eben nur eine Entscheidung, nur ein Urteil begehrt wird.

II In die Entwicklung der Streitgegenstandslehre im Zivilprozess hat sich noch Habscheid eingeschoben. Seine Monographie folgte der Schwabs. Systematisch gehört aber Habscheids Lehre vom Streitgegenstand vor die Schwabs.

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 88 Fussnote 2 (S. 98);
(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, 5. Aufl., § 88 II 3;

§ 11VII

Habscheid bestimmt den Streitgegenstand zwar nach Antrag und Sachverhalt, sein Sachverhalt ist aber so weit gefasst, dass praktisch zumeist der Antrag für die Streitgegenstandsidentität entscheidend ist: "Streitgegenstand im Zivilprozess ist die Rechtsbehauptung des Klägers, ihm in dem eingeschlagenen Verfahren die begehrte Rechtsfolge auf Grund eines bestimmten Lebenssachverhaltes zuzusprechen" (1). Unter Rechtsbehauptung versteht Habscheid die Behauptung der Klageform und die der Rechtsfolge; das ist im ganzen gesehen wohl der Antrag. Unter Lebenssachverhalt versteht er den Umfang des Klagegrundes, den der Kläger und der Beklagte mit Tatsachen auszufüllen haben.

Der Streit "Begehren" oder "Rechtsbehauptung" ist im Grunde wohl nur theoretisch (2). Beide Begriffe führen in der Praxis im Endergebnis zu dem gleichen Ziel. Es fragt sich nur, welche Formulierung der Sachlage mehr entspricht. Habscheids Ablehnung des Begriffes Begehren gipfelt in dem Hinweis auf § 307 ZPO, wo gesagt ist, der Anspruch werde gegen die Partei geltend gemacht, Da sich der Anspruch somit nicht gegen das Gericht wende, sei der Begriff Begehren unzutreffend (3). Was der Kläger geltend mache, sei nur eine Behauptung. Es sei ja noch unbestimmt, ob der Behauptung entsprochen werde. Dem muss folgendes entgegengehalten werden. Der Begriff Begehren will gar nicht sagen, dass gegen das Gericht ein Anspruch geltend gemacht wird (4). Er will nur sagen, dass an das Gericht eine Bitte herangetragen wird. Und in dieser an das Gericht herangetragenen Bitte liegt aber nun einmal der Streitgegenstand, einerlei ob ihr entsprochen wird oder nicht. Dass mit der Bitte eine bestimmte in eine Klageform gekleidete Behauptung vorgetragen wird, wird niemals geleugnet. Es ist auch selbstverständlich, dass die Behauptung nur eine Richtung gegen den Beklagten hat. Damit bildet "Begehren"

(1) Habscheid, Streitgegenstand, S.222, auf die der Definition nachfolgende Erklärung wird besonders verwiesen;

(2) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.43;

(3) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S.137; so auch schon Nikisch, Streitgegenstand, S.49 ff.;

(4) wie Habscheid annimmt, Streitgegenstand, S.133;

§ 11VII

keinen Gegensatz zu "Rechtsbehauptung". Der Begriff Begehren ist nur umfassender als der Begriff Rechtsbehauptung. Der Formulierung Rechtsbehauptung sieht man nicht an, dass sich der Kläger an das Gericht um Entscheidung wendet. Dass aber in der Sachbitte an das Gericht der Streitgegenstand liegt, muss ausgedrückt werden. Das tut die Formulierung Begehren. Diese entspricht daher eher der Sachlage.

Das Abstellen auf den Lebenssachverhalt kann zu Unsicherheiten führen, denn die Grenzen zum Lebenssachverhalt scheinen willkürlich gezogen zu sein. Ausserdem aber, und das ist der Hauptpunkt der Kritik, ist immer noch nicht einzusehen, warum bei einem mit mehreren Lebenssachverhalten gestützten Antrag mehrere Streitgegenstände vorliegen sollen. Bestellung, Lieferung und Verbrauch der Ware sollen einen Lebensvorgang bilden (1). Danach ist es nach Habscheid möglich, 100 DM auf Grund Vertrags, Leistung und auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung (z.B. Verbrauch der Ware) als einen prozessualen Anspruch geltend zu machen. Zwei prozessuale Ansprüche sollen aber bei Geltendmachung von 100 DM aus Wechsel und Grundgeschäft vorliegen (2)! Das seien zwei Lebensvorgänge! Dabei ist es doch so, dass dem Grundgeschäft meist unmittelbar die Wechselausstellung folgt und beides zusammenfällt. Habscheid muss erst erklären, worunter er einen Lebenssachverhalt versteht. Hingabe des Darlehens und Ausstellen der Schuldanerkenntnisses betrachtet er als zwei Lebenssachverhalte, obwohl man doch auch hier sagen kann, dass im Vergleich zu Bestellung, Lieferung und Verbrauch der Ware nur ein Vorgang vorliegt. Der "Lebenssachverhalt" ist unserer Meinung nach keine brauchbare Definition. Das beweist einmal mehr, dass man vom Sachverhalt aus den Streitgegenstand nur mit Mühe bestimmen kann. - Vor allem aber ist nicht einzusehen, warum die Klage auf Zahlung von

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 207, 215;

(2) vergl. " " S. 215;

§ 11VII

100 DM, wenn sie auf Darlehen und auf Schuldanerkenntnis gestützt wird, zwei Streitgegenstände bilden soll. Es werden doch nur einmal 100 DM verlangt. Dass das auch Habscheid sieht, geht daraus hervor, dass er bei Rechtshängigkeit einer Klage auf Zahlung von 100 DM, die auf Darlehen gestützt ist, die auf Wechsel gestützte Zweitklage wegen Unzulässigkeit zurückweist. Es könnte nämlich sein, dass die 100 DM sonst zweimal verlangt werden würden. Die Abweisung der Klage begründet Habscheid mit dem Rechtsschutzbedürfnis (1). Er erklärt nämlich, für die Zweitklage fehle das Rechtsschutzbedürfnis, da dasselbe nicht zweimal verlangt werden dürfe. Um eine vernünftige Entscheidung zu bekommen, die Habscheid in diesem Fall mit seinem Streitgegenstandsbegriff nicht erreichen kann, hilft er sich mit dem Institut des Rechtsschutzbedürfnisses aus dem Dilemma. Er versucht die Unzulänglichkeiten seines Streitgegenstandsbegriffes durch Heranziehen des Rechtsschutzbedürfnisses auszugleichen.

Auch Habscheids Definition vom Streitgegenstand bringt deshalb noch keine zufriedenstellende Lösung.

VIII Den entscheidenden Schritt weiter und damit ans Ziel ist Schwab gegangen. Schwab definiert den Streitgegenstand nur nach dem Antrag. Damit ist ein klarer praktischer für alle Klagearten geltender Streitgegenstandsbegriff gefunden worden. "Streitgegenstand ist das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung" (2). Es sind jetzt nur mehr so viele Streitgegenstände vorhanden, als Anträge gestellt werden. Denn es sind nur so viele prozessuale Ansprüche denkbar, als Entscheidungen begehrt werden. Dieser Ansicht folgen auch wir.

Wird auf Zahlung von 100 DM auf Grund Darlehens und Wechsel geklagt, dann liegt nur ein Streitgegenstand vor, denn es wird nach wie vor nur einmal Zahlung von

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 277 ff., 280;

(2) Schwab, Streitgegenstand, S. 199;

§ 11VIII

100 DM begehrt, es soll nur ein Urteil ergehen (1). In diesem eben genannten Fall liegt also keine Klagenhäufung vor. Nach demselben Grundsatz wird über Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft entschieden. Der Sachverhalt dient nur mehr der Konkretisierung des Streitgegenstandes. Wenn zwei Anträge vollkommen gleich lauten, kann nur durch den Sachverhalt ermittelt werden, ob beide Klagen identisch sind oder ob mit jedem Antrag eine andere Sache gemeint ist, sich also zwei Streitgegenstände gegenüberstehen oder in Wirklichkeit nur einer vorhanden ist. Der Sachverhalt wird damit jedoch nicht zu einem Teil des Streitgegenstandes (2).

Wie die Schwierigkeiten der Rechtskraft und der Präklusion zu lösen sind, wird unten dargestellt (3). Es wird sich nämlich zeigen, dass in diesen Fällen mit dem prozessualen Anspruch allein nicht gearbeitet werden kann. Wesentlich ist hier der Umfang der Rechtskraft. Es ist praktisch nicht gut möglich, eine Zweitklage mit demselben Begehren wegen der Rechtskraft der Erstklage auszuschliessen, wenn der Kläger einen neuen zur Zeit der Erstklage noch nicht bekannten Sachverhalt vorzulegen imstande ist. Denn über den prozessualen Anspruch wird nur insoweit entschieden, als der Prozessstoff reicht (4). Bei Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit entscheidet nur der prozessuale Anspruch. Weil der Erstprozess noch anhängig ist, kann jede Tatsache, die in einer wegen Streitgegenstandsidentität unzulässigen Zweitklage vorgebracht werden sollte, noch in der Erstklage geltend gemacht werden. Die Abweisung wegen Rechtshängigkeit, die Verneinung einer Klagenhäufung oder einer Klageänderung hat damit praktisch keine Folgen für einen Ausschluss von Tatsachen. Ist aber der Erstprozess rechtskräftig, dann kann eine Tatsache, die eigentlich zum Erstprozess gehört, dort nicht mehr untergebracht werden. Es muss neu geklagt werden, obwohl wieder dieselbe Sache

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 91;
(2) " " " " S. 92, 190;
(3) vergl. Seite 140 ff.;
(4) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 162, 180;

§ 11VIII

mit demselben Antrag anhängig gemacht wird, es sich also um denselben Streitgegenstand handelt. Ein Zeichen dafür, dass innerhalb der Streitgegenstandslehre Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit zusammengehören, die Regelung der Rechtskraftwirkungen aber bis zu einem gewissen Grad eigene Wege gehen muss (1).

Abschliessend muss noch einmal festgehalten werden, dass Streitgegenstand im Zivilprozess nur das Begehren sein kann, das durch die im Klageantrag bezeichnete Entscheidung bestimmt ist. Denn es kommt unserer Meinung nach für den Streitgegenstand allein darauf an, wie viel Anträge gestellt werden. Der Sachverhalt dient nur zur Konkretisierung des Antrags, um Identitätsfragen lösen zu können. Er ist nicht selbst Teil des Streitgegenstands. Damit ist ein Streitgegenstand gefunden, der am ehesten allen Anforderungen gerecht werden wird. Im nächsten Paragraphen wird sich zeigen, ob dieser Begriff auch auf den Verwaltungsprozess übertragen werden kann. Es wird sich zeigen, ob der im Zivilprozess geführte Streit um den Streitgegenstand, der stets den Antrag zum Mittelpunkt hatte, auch für den Verwaltungsprozess Bedeutung hat, und ob sich die hier gefundenen Erkenntnisse im Verwaltungsprozess verwerten lassen.

(1) damit ist keine Streitgegenstandsteilung im Sinne Lerches, Bay VBl 56, 295, vorgenommen worden;

12 Die Entwicklung des Streitgegenstandes im Verwaltungsprozess (1).

I Eine ganze Reihe von Autoren vertreten die Auffassung, dass Streitgegenstand im Verwaltungsprozess - die Parteistreitigkeiten bleiben wegen der Ähnlichkeit zum Zivilprozess ausser Betracht - der angefochtene Verwaltungsakt oder die Versagung einer Amtshandlung oder die Untätigkeit einer Verwaltungsbehörde ist. Etwas anders ausgedrückt kann man dafür auch mit Niese (2) sagen, Streitgegenstand ist die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer behördlichen einen einzelnen betreffenden Handlung. Es wird nicht auf das durch den Antrag gekennzeichnete Begehren abgestellt. Streitgegenstand ist bei dieser Lehre allein das Objekt des Rechtsstreits, nämlich das zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Eine Parallele dazu findet sich im Zivilprozess nicht. Grundlage dieser Auffassung ist die Annahme, dass im Verwaltungsrecht in der Hauptsache das objektive Recht gewahrt werden müsse. Als Hauptvertreter dieser Lehre kann Niese gelten. Er hat dazu wohl die bisher ausführlichsten Erörterungen gebracht. Aus diesem Grund soll seine Ansicht hier in umfangreicherer Form wiedergegeben werden. Dieser Richtung zugerechnet werden können Eyermann-Fröhler (3), de Sandt (4), Hufnagl (5), Schoen (6), Ulinger (7), Schunck-de Clerck (8) und wohl auch Peters-Sautter-Wolff (9). Auch ein Teil der Gerichte nahm sich diese Lehre zum Vorbild. Bis zu einem gewissen Grad lässt sich auch Menger hier einordnen, der freilich in mancher Hinsicht Besonderheiten bringt (10).

(1) vergl. auch Haustein, Streitgegenstand, S. 76-126;

(2) Niese JZ 52, 353;

(3) VGG, § 79 Abs. 3 Anm. 5, § 79 Abs. 5 Anm. 7;

(4) VO 165, § 75 Anm. 2;

(5) VGG, § 23 Anm. (S. 131);

(6) DÖV 50, 110 und DÖV 51, 441, 522;

(7) VO 165 § 54 Anm. 2;

(8) VGG Rh. Pf., § 41 Anm. 1 b cc;

(9) SGG, § 141 Anm. 3 bb;

(10) wie Wacke fasst er den Verwaltungsprozess als Rechtsmittelverfahren auf. Entgegen Wacke bezeichnet er den "Überprüfungsanspruch" der nächsten Instanz als Streitgegenstand, Menger, System, S. 165;

§ 12I

II Niese betrachtet mit der herrschenden Lehre als Streitgegenstand den angefochtenen Verwaltungsakt, "genauer: das Begehren des Klägers auf Feststellung, dass der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig sei" (1). Nach Niese ist bei allen Gestaltungsklagen der eigentliche Streitgegenstand die Feststellung derjenigen Streit- und Rechtslage, die dann zur beantragten Gestaltung durch das Urteil führt. Anders ausgedrückt heisst das, dass Streitgegenstand die Gesetzlichkeit oder Ungesetzlichkeit des Verwaltungsakts ist. Aus der Feststellungswirkung folgert Niese, dass bei Klageabweisung einer Anfechtungsklage die Rechtmässigkeit und bei Verurteilung des Beklagten die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes rechtskräftig feststeht.

Dadurch ergeben sich bei Niese besondere praktische Folgerungen. Bei einer später nachfolgenden Amtshaftungsklage z.B. können Zweifel über die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nach dieser Lehre nicht bestehen. Darüber ist durch den verwaltungsprozess rechtskräftig entschieden worden. Der Zivilprozessrichter wäre an die durch das Verwaltungsprozessurteil kenntlich gemachte Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wegen der Rechtskraft gebunden. Da sich die reststellungswirkung nicht wie gewöhnlich auf den Antrag, sondern auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis bezieht, tritt die Bindungswirkung auch nur hinsichtlich des rechtsverhältnisses ein. - Nach Niese ergibt sich durch das in Rechtskraft erwachsende Rechtsverhältnis als zweite Besonderheit die sogenannte "positive Rechtskraftwirkung". würde nämlich die im verwaltungsprozess unterlegene Behörde nach geraumer Zeit trotz unveränderter Sachlage einen zweiten Verwaltungsakt gleichen Inhalts gegen den Kläger erlassen, dann äussert sich nach Niese bei der Zweitklage die positive Rechtskraftwirkung. Im Zweitprozess habe ein Sach-

(1) Niese JZ 52, 553;

§ 12II

urteil des gleichen Inhalts wie im Erstprozess zu ergehen, da wegen der positiven Rechtskraftwirkung des Ersturteils der Erlass einer abweichenden Entscheidung ausgeschlossen sei. "Die sogenannte "negative" Rechtskraftwirkung - das ne bis in idem des Strafprozesses - würde zur Unzulässigkeit der neuen Klage führen, also das Gegenteil von dem erreichen, was die Rechtskraft gegen den neuen Erlass eines aufgehobenen Verwaltungsaktes leisten soll" (1). Da im vorgenannten Fall nur die Rechtswidrigkeit Streitgegenstand ist, wird durch die Rechtskraftwirkung die Erhebung der Zweitklage nicht gehindert. Für die Entscheidung der Zweitklage ist die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit des ersten Verwaltungsaktes aber nach Niese durchaus von Bedeutung. Da im zweiten Fall die Umstände und der Verwaltungsakt unverändert seien, stünde auch hier die Rechtswidrigkeit des zweiten Verwaltungsaktes durch die rechtskräftige Entscheidung des Erstprozesses bindend fest. Die präjudiziell wirkende Rechtskraft des Ersturteils führe damit im zweiten Prozess zur Aufhebung des Verwaltungsaktes. Die positive Rechtskraftwirkung bringt Niese also nur deshalb, weil er mit der negativen Rechtskraftwirkung keine Möglichkeit sieht, einen Verwaltungsakt zu beseitigen, der in derselben Form schon einmal früher von einem Verwaltungsgericht aufgehoben worden war. Eine Klage, die sich gegen einen am 1.1. erlassenen Verwaltungsakt wendet, und eine Zweitklage, die sich gegen einen am 1.12. erlassenen Verwaltungsakt gleichen Inhalts wendet, haben bei Niese nicht zwei verschiedene Streitgegenstände sondern ein und denselben. - Prüft man jetzt den von Niese nicht aufgeführten umgekehrten Fall, der wegen der kurzen Klagefrist kaum eintreten wird, nämlich den Fall, dass der in der Erstklage abgewiesene Kläger erneut klagt, dann dürfte dieser Zweitklage in konsequenter Weise eine negative Rechtskraftwirkung nicht entgegenstehen. Eine

(1) Niese JZ, 52, 354;

§ 12II

negative Rechtskraftwirkung dürfte es nicht geben, weil eben bloss die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes in Rechtskraft erwachsen ist und nicht der Tenor oder der juristische Obersatz, so dass deswegen die Erhebung der Zweitklage unzulässig wäre. Das Ersturteil würde wieder präjudiziell wirken. Die unter den gleichen Umständen erhobene und auf das gleiche Ziel gerichtete Zweitklage müsste wie die Erstklage durch Sachurteil abgewiesen werden. Es käme wieder zu einer positiven Rechtskraftwirkung.

Niese bringt auch die aus der allgemeinen Prozessrechtslehre gewonnenen Gründe für die Bestimmung seines Streitgegenstandes. Nach seiner Meinung folgt aus der dem Verwaltungsprozess dem Zivilprozess gegenüber verschiedenen Aufgabe (Prozesszweck) denknotwendig auch ein verschiedener Streitgegenstand. Im Gegensatz zum Zivilprozess müsse im Verwaltungsprozess das objektive Recht gewahrt werden (1). Es gehe im Verwaltungsprozess nicht um die Durchsetzung des subjektiven Rechts. Das subjektive Gestaltungsrecht könne deshalb auch nicht wie im Zivilprozess Streitgegenstand sein. Der Bürger klage im Verwaltungsrecht nur im Allgemeininteresse, um das Recht der Allgemeinheit willen durchzusetzen. Deshalb sei im Verwaltungsprozess Streitgegenstand allein die Rechtmässigkeit oder die Rechtswidrigkeit des angefochteten Verwaltungsaktes.

Nieses Streitgegenstandslehre wäre dann zutreffend, wenn Prozesszweck des Verwaltungsprozesses tatsächlich nur die Wahrung des objektiven Rechts wäre. Wie bereits oben (2) dargestellt entspricht diese Auffassung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Auch das Verwaltungsrecht wird von privaten Rechtsverhältnissen und damit von subjektiven, individual gebundenen Rechten beherrscht. Deshalb hat der Verwaltungsprozess neben der Wahrung des objektiven Rechts die Wahrung des subjektiven Rechts, genauer des Individualinteresses, zum Ziel. Daraus folgt, dass Nieses objektiver Streitgegenstand eigentlich - von unserem Standpunkt aus - gar keine

(1) vergl. S. 15 ff.;

(2) vergl. S. 23 ff.;

§ 12II

Grundlage hat. Niese berücksichtigt bei seiner Ableitung nicht, dass im Verwaltungsrecht das subjektive Recht individual gebunden ist und daher der Verwaltungsprozess subjektive Rechte = Individualrechte gewährleisten will. Nieses Streitgegenstand geht von unzutreffenden Voraussetzungen aus.

Der von Niese herausgestellte Streitgegenstandsbegriff arbeitet deshalb auch nicht zufriedenstellend. Darauf hat bereits Bettermann hingewiesen (1). Bettermann setzt seine Kritik bei der Rechtskraft an. Bei der Abweisung der Klage stehen nach Niese die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes fest. Das, so meint Bettermann, könne nicht richtig sein. Die Klage könne doch auch wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen werden, was ebenfalls durch Sachurteil zu geschehen habe. Diese Kritik trifft auch zu. - Niese kennt als Interesse nur das Allgemeininteresse. Klagen können nur, wer "betroffen" ist. Nur wer "betroffen" ist, könne als Prozessführer für die Allgemeinheit auftreten. Damit wird das "Betroffensein" oder eigentlich subjektive Verhältnis der Parteien zueinander - die Sachlegitimation des Zivilprozesses - bei Niese zu einer Frage der Zulässigkeit. Die Sachlegitimation bildet bei Niese kein Problem, da sachlegitimiert s t e t s die Allgemeinheit ist. Der Bürger führt nur den Prozess als Prozessführungsbezugter. Die sachliche Nachprüfung bezieht sich deshalb bei Niese nicht auf die Prüfung, ob der Kläger im zivilprozessualen Sinn sachlegitimiert ist - das "Betroffensein" wird bei der Zulässigkeit geprüft -, sondern nur auf die Prüfung der Rechtmässigkeit. Nieses Verwaltungsprozess ist damit dem Strafprozess weitgehend angeglichen. - Nach unserer und Bettermanns Meinung geht es im Verwaltungsprozess wie im Zivilprozess um die Durchsetzung des individual gebundenen subjektiven Rechts. Sachbefugt ist deshalb nur der - es können verschiedene sachbefugt sein -, dessen subjektives Recht verletzt ist oder der, der wirklich ausnahmsweise aus dem Recht eines anderen klagen kann. Danach ist auch im Verwaltungsprozess wie im Zivilprozess die Sachbefugnis als Frage der Begründetheit zu prüfen. Deshalb kann im Gegensatz zu Nieses Meinung eine

(1) DVBl 53, 163 ff.;

§ 12II

Klage zumindest aus zweierlei Gründen abgewiesen werden. Einmal ist es möglich, dass die Sachlegitimation fehlt, zum anderen kann es tatsächlich auch an der Rechtswidrigkeit mangeln. Es muss bei Klageabweisung also nicht die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes notwendig feststehen (1). Niese hat weiter Unrecht, wenn er meint, dass, falls die Behörde den gleichen Verwaltungsakt zum zweiten Mal erlässt, die Zweitklage des Bürgers wegen der Rechtskraft des Ersturteils wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden müsste. Wenn der Verwaltungsakt auch dieselbe Sache betrifft, so ist es doch ein neues Handeln der Behörde, gegen das vom Bürger eingeschritten wird (2). Seine Zweitklage darf nicht wegen der Wirkung der Rechtskraft des Ersturteils einfach ohne Sachprüfung abgewiesen werden. Eine Streitgegenstandsidentität liegt ja nicht vor. Der Zweitklage darf auch nicht im Sinne des Ersturteils wegen der positiven Rechtskraftwirkung einfach entsprochen werden. Es muss vielmehr eine neue Prüfung einsetzen, wie es normalerweise bei einer Klage der Fall ist.

Damit ist an sich die Kritik noch nicht erschöpft. Aber schon hieraus wird ersichtlich, dass Nieses Streitgegenstandsbegriff auch praktisch nicht den tatsächlichen Erfordernissen gerecht werden kann. Aus diesem Grund muss auch die Ansicht abgelehnt werden, die zwar Nieses Streitgegenstand vertritt, aber glaubt, die Nachprüfung geschehe im Interesse des Klägers und nicht hauptsächlich im Interesse der Allgemeinheit (3).

III Der BGH vertritt eine Abwandlung von Nieses Theorie, die sogenannte "Immanenztheorie" (4). Sie bedeutet einen Fortschritt.

Der BGH geht grundsätzlich davon aus, dass verwaltungsgerichtliche Urteile in Rechtskraft erwachsen.

(1) vergl. Bettermann DVBl 53, 166 ff.;

(2) anderer Meinung Naumann DVBl 52, 695, obwohl dieser sonst einen anderen Streitgegenstand als Niese vertritt;

(3) für die Anfechtungsklage von Ule, BVGG, § 51 Anm. II 2a geäußert; ähnlich Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 141 Anm. 3 bb;

(4) vergl. BGH in MDR 54, 35 (=NJW 54, 1103) für die brit. Zone und die ablehnende Bemerkung von Bettermann MDR 54, 7; ferner DVBl 54, 331 für am. Zone mit Bemerkung von Naumann; und DVBl 57, 108 (NJW 56, 1358) mit Bemerkung von Bettermann;

§ 12III

Bei Obsiegen des Klägers nimmt der BGH an, dass der Tenor und die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in Rechtskraft erwachsen. Dass nach dem BGH auch der Tenor in Rechtskraft erwächst, geht daraus hervor, dass er ausführt, ein Verwaltungsgerichtsurteil erhalte "zugleich (vom Verfasser gesperrt) die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit". Die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit sei dem Urteil deswegen notwendig "immanent", weil zur Begründung einer Klage vor dem Verwaltungsgericht allein die Rechtswidrigkeit anzuführen sei (§ 23 VO 165, §§ 23, 35, 36 VGG). Dies sei "der einzige Grund für die Aufhebung des Verwaltungsaktes". Wie Bettermann zutreffend ausführt, hat sich der BGH offenbar gescheut anzunehmen, dass bei Klageabweisung die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes feststehe. Damit rechnet der BGH nur in einem Fall wie Niese die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes, also einen Teil der Gründe, zum Streitgegenstand. Aber auch dabei ist zu beachten, dass zusätzlich auch der Tenor rechtskräftig wird.

Diese BGH-Urteile geben aber gewissermassen selbst zu, dass die Erstreckung der Rechtskraft auf die in der Begründung enthaltene Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht eigentlich eine Wirkung der Rechtskraft ist. Die Begründung des BGH erfolgt nämlich allein durch einen Hinweis auf eine die Begründetheit der Klage beschreibende Regelung, die die gesetzlich einzig mögliche Begründung für eine Klage aufführt. Der BGH weist nicht auf allgemeine Grundsätze der Rechtskrafterstreckung hin. Die These des BGH erweist sich schon deshalb als unzutreffend, weil bei Obsiegen des Beklagten, also der Abweisung der Klage, nicht auch die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes in Rechtskraft erwachsen kann (1). Die Klage könnte ja auch wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen werden. Die Erstreckung der Rechtskraft auf das

(1) vergl. Bettermanns Anmerkung MDR 54, 7;

§ 12III

Rechtsverhältnis müsste, um als wirklicher Grundsatz anerkannt zu werden, in jedem Fall möglich sein. Schon aus diesem Grund ist die Ansicht des BGH abzulehnen. Der andere Grund zur Ablehnung ist folgender: Man kann die Rechtskraft nicht deswegen auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erstrecken, weil dies der einzige Grund zur Begründung einer zum Obisegen führenden Klage ist. Bei einem Prozess, der die Wahrung des subjektiven Rechts zum Ziel hat, erwächst auch nicht ein Teil der Gründe in Rechtskraft (1).

IV Den entscheidenden Schritt weiter ging Bettermann (2).

Er ist der erste, der mit einer systematischen Darstellung Nieses Streitgegenstandslehre und damit die herrschende Lehre abgelehnt hat und nur den Antrag als Streitgegenstand ansieht. Bettermanns Streitgegenstand bleibt aber im materiellen Recht stecken. Er wird bei ihm nicht prozessual aufgefasst. Bettermann hat seine für den Zivilprozess vertretene Theorie auf das Verwaltungsrecht übertragen (3). Ähnliche Meinungen vertreten Naumann (4), Ule (5) und besonders Gehring (6). Auch Wacke (7), der den Verwaltungsprozess als rechtsmittelverfahren ansieht, kann dem wohl zugerechnet werden, wenn er sich auch teilweise an Niese anlehnt und den derzeitigen Finanzprozess zum Vorbild nimmt. Dass der Verwaltungsprozess kein Rechtsmittelverfahren ist, haben Bettermann (8) und Wellmann (9) mit überzeugenden Gründen nachgewiesen. Schon allein der Grundsatz der Gewaltenteilung ergibt, dass die Behörde nicht einmal Gericht und dann selbst Partei sein kann.

Nach Bettermann erwächst nur das subjektive Anfechtungsrecht des Klägers als Streitgegenstand in Rechtskraft. Unter dem subjektiven Anfechtungsrecht ver-

(1) im übrigen wird auf Bettermanns Anmerkungen MDR 54, 7 ff. und DVBl 57, 109 ff. verwiesen;

(2) vergl. DVBl 53, 163, 202;

(3) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 25 Fußnote 26;

(4) DVBl 52, 589, DVBl 52, 696 Anm. zum Urteil des OVG Lüneburg, dagegen DVBl 54, 334 Anm. zur BGH Entscheidung, wo Naumann die Rechtswidrigkeit zum Streitgegenstand zählt, was er allerdings schon in DVBl 52, 696 angedeutet hat;

(5) DVBl 54, 137 ff.;

(6) DOV 54, 331 ff.;

(7) AöR Bd. 79, 158 ff.;

(8) DVBl 53, 168, 202 ff.;

§ 12IV

steht Bettermann nur wie im Zivilprozess den materiellen Anspruch, der mit der Klage durchgesetzt werden soll. Deshalb ist sein Streitgegenstand nicht prozessual; der Streitgegenstand wird eben nur durch das jeweilige subjektive Anfechtungsrecht repräsentiert. Wesentlich ist aber, und das ist der Fortschritt, dass Bettermann in keinem Fall mehr die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in Rechtskraft erwachsen lässt, sondern allein auf den Antrag abstellt. Bei ihm ist nur der der Disposition des Klägers unterliegende materielle Anspruch Streitgegenstand. Damit regelt er auch gleichzeitig die Frage der Zulässigkeit und Begründetheit anders als Niese. Das Betroffensein, das bei Niese stets als Zulässigkeitsfrage über das Klagerecht entscheidet, hat sich bei Bettermann, wenn damit der subjektive Teil des Rechtsverhältnisses gemeint ist, in die Frage der Sachlegitimation als Frage der Begründetheit gewandelt. Bettermann erkennt subjektive öffentliche Rechte an, die dem Bürger im Eigeninteresse zustehen. Aus diesem Grund klagt der Bürger nie im Interesse des Staates, wenn er "betroffen" ist; er klagt dann, wenn er sein subjektives öffentliches Recht durch eine hoheitliche Amtshandlung als verletzt ansieht. Da sachlegitimiert nur der ist, der als Subjekt des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gilt, führt Bettermann wie im Zivilprozess die Prozessführungsbefugnis ein. Damit ist der Verwaltungsprozess bezüglich der Prozessführungsbefugnis und der Sachlegitimation dem Zivilprozess vollkommen angeglichen worden (1). Bei dieser Lehre kann Bettermann auch mit Recht sagen, dass bei Klageabweisung nicht die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes feststehen kann. Es besteht noch die Möglichkeit, dass wie im Zivilprozess allein wegen mangelnder Sachbefugnis abgewiesen wurde und der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Das ist ja auch der Punkt, wo Bettermanns Kritik an Niese ansetzt.

(1) Bettermann versäumt allerdings, dazu nähere Ausführungen zu geben;

Fussnote noch von Seite 86:

(9) dessen ganze Dissertation wendet sich gegen die Auffassung, dass der Verwaltungsprozess ein Rechtsmittelverfahren ist, "Ist die verwaltungsgerichtliche Klage ein Rechtsmittel?", Diss. Münster 1953;

§ 12IV

Was Niese fehlt, ist der den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Prozesszweck. Deshalb baut er seinen Streitgegenstand auf falschen Grundverhältnissen auf. Bettermann hat das klar erkannt. Bettermann sieht den richtigen Prozesszweck und benutzt ihn auch für seinen Streitgegenstand. Grundlage seines Streitgegenstandes ist die Annahme, dass der Verwaltungsprozess wie der Zivilprozess die Gewährleistung des subjektiven Rechts zu wahren habe. So kommt Bettermann zu dem Schluss, dass nur der Antrag Streitgegenstand sein kann. In Rechtskraft erwachse nur der Tenor, niemals ein Teil der Gründe, auch nicht die rechtliche Beurteilung des dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses. Bettermann begründet diese seine Ansicht mehr mit Gesetzestexten, die auf subjektive Rechte der Bürger hinweisen. Er bringt nicht wie Niese eine Ableitung aus dem materiellen Recht. Als Vergleich mit den verwaltungsprozessualen Klagen zieht er die negatorische und restitutorische Klage des ordentlichen Prozesses heran (§§ 12, 823, 1004 BGB). Die Anfechtungsklage - von der herrschenden Lehre als Gestaltungsklage angesehen - fasst er dabei eher als Leistungsklage - der des § 894 ZPO vergleichbar - auf. - Bettermann hat es wie im Zivilprozess versäumt, seinen Streitgegenstand prozessual aufzufassen. Daher gilt hier dieselbe Kritik wie bei seinem Streitgegenstand für den Zivilprozess (1). Das subjektive Anfechtungsrecht kann nicht Streitgegenstand im Verwaltungsprozess sein. Das Vorhandensein eines materiellen Rechts wird dem Gericht gegenüber nur behauptet. Einen prozessualen Anspruch aber hat man, wenn alle Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Stellt sich im Prozess heraus, dass das Anfechtungsrecht, das behauptet wurde, gar nicht besteht, dann hätte der Prozess ja gar keinen Streitgegenstand gehabt! Ausserdem ist noch immer nicht einzusehen, warum bei Begründung eines Antrages mit mehreren

(1) vergl. Seite 68/9;

§ 12IV

materiellen Rechten (subjektiven Anfechtungsrechten) mehrere Streitgegenstände vorliegen sollen. Das Begehren wird doch nur einmal gestellt, es wird nur ein Urteil verlangt.

Nicht zu verkennen ist jedoch, dass Bettermann als erster in einem ausführlichen Aufsatz den Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses gewissermassen auf die richtigen Beine gestellt hat.

V Stiefel (1) gleich den Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses dem der herrschenden Lehre des Zivilprozesses an. Als Streitgegenstand der Anfechtungsklage - und nur diesen hält er für strittig - bezeichnet er den prozessualen Anspruch. Von dem am subjektiven Anfechtungsrecht klebenden Streitgegenstand ist er abgerückt. In dieser Richtung vorangegangen sind ihm bis zu einem gewissen Grad Gehring (2), Wacke (3) und Menger (4), die als Vorläufer angesehen werden können. Von Werder-Labs-Ortmann und van Husen bestimmen den Streitgegenstand auch als das prozessuale Begehren. Sie begehen aber den Fehler, die Änderung des Sachverhalts als Klageänderung anzusehen, also den Sachverhalt zum Streitgegenstand zu ziehen. Ihr Streitgegenstands begriff ist mit dem von Stein-Jonas-Schönke vergleichbar (5) (6).

Damit wird nicht nur Nieses sondern auch Bettermanns Streitgegenstand abgelehnt. Stiefel rechnet auch nicht wie der BGH im Fall des Obsiegens der Klägers die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zum Streitgegenstand. Für welche prozessuale Richtung Stiefel allerdings eintritt, sagt er nicht. Er führt seine Ansicht nicht weiter aus. Er führt in der Hauptsache aus, dass wie im Zivilprozess der Streitgegenstand notwendigerweise auch im Verwaltungsprozess als der im Begehren ausgedrückte prozessuale Anspruch bezeichnet werden muss. Wenn er auch eine genau ausgebaute "Lehre" nicht vertritt, so ist

(1) vergl. NJW 54, 1788 ff. (1790);

(2) vergl. DÖV 54, 311;

(3) vergl. AöM Bd. 19, 178 ff.;

(4) vergl. System, S. 162 ff.;

(5) vergl. v. Werder-Labs-Ortmann, VO 165, § 74 Anm. I (S. 164);

(6) vergl. van Husen, VO 165, § 45 Anm. 1 (S. 73);

§ 12V

uns doch wesentlich, wass und warum er einen prozessualen Streitgegenstand vertritt.

Stiefel weist für die Richtigkeit seines Streitgegenstandes auf das Vorherrschen der Dispositionsmaxime hin. Vergleich und Erledigterklärung könne es nur geben, wenn Streitgegenstand der prozessuale Anspruch sei, über den die Parteien disponieren könnten. Über die Gesetzlichkeit eines Verwaltungsaktes könnten die Parteien nicht disponieren. Auch das Institut der Beiladung gehe von einem prozessualen Anspruch des Klägers aus. Die Beiladung setze nämlich notwendig voraus, dass der beizuladende Dritte durch die über den prozessualen Anspruch und nicht über die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes ergehende Entscheidung in seinen Interessen berührt wird. Auch die als zulässig anerkannte Konversion deutet seiner Meinung nach auf den prozessualen Anspruch als Streitgegenstand, denn nur dann, wenn man vom Antrag ausgehe, könne es nicht entscheidend auf die rechtliche Grundlage ankommen. Wenn aber das Nachschieben von Gründen tatsächlicher Art erlaubt sei, könne ein Verwaltungsakt schwerlich Streitgegenstand sein.

Diese von Stiefel angeführten Gründe weisen auf den Anspruch als Streitgegenstand hin. Wir möchten nur umgekehrt annehmen, dass das Vorherrschen der Dispositionsmaxime zum Antrag als Streitgegenstand führt. Stiefel geht nämlich einen anderen Weg. Er sagt, die Dispositionsmaxime kann nur dann herrschen, wenn man einen prozessualen Anspruch als Streitgegenstand hat. Es ist ferner zweifelhaft, ob die Dispositionsmaxime auf den p r o z e s s u a l e n Streitgegenstand hinweist. Unserer Meinung nach weist sie nur daraufhin, dass der Antrag Streitgegenstand ist. Wie der Antrag aufzufassen ist, ist eine andere Frage. Das allgemeine Prozessrecht sagt erst, dass der Antrag prozessual gesehen werden muss. Die

§ 12V

Tatsache, dass nur um behauptete und nicht um bestehende Rechte gestritten wird, weist auf den prozessualen Charakter hin (1).

Obwohl Stiefel auch einen nach unserer Meinung korrekten Prozesszweck für den Verwaltungsprozess entwickelt, stellt er direkt keine Beziehung zwischen Prozesszweck und dem seinem Prozesszweck entsprechenden Streitgegenstand her. Eine Anlehnung kann man nur daraus schliessen, dass er die Entwicklung des Streitgegenstandes unmittelbar der Entwicklung des Prozesszweckes folgen liess. Wesentlich ist bei Stiefel, dass er eine vollkommene Streitgegenstandsangleichung zwischen Zivil- und Verwaltungsprozess für notwendig hält und dabei auf den prozessualen Anspruch abstellt. Eine nähere Erläuterung seiner Lehre bringt er leider nicht.

VI Eine in jeder Hinsicht voll ausgebaute Lehre über den prozessualen Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses bringt Haustein (2). Er füllt damit eine Lücke aus. Hausteins Streitgegenstand entspricht auch allen Erwartungen: "Streitgegenstand ist das Begehren auf die im Klageantrag bezeichnete Entscheidung" (3). Haustein hat damit Schwabs zivilprozessualen Begriff auf den Verwaltungsprozess übertragen (4) und zugleich die Bedeutung des Sachverhalts richtig gekennzeichnet. Die Autoren im Verwaltungsrecht stritten sich grob gesprochen erst einmal darum, ob überhaupt der Antrag oder die Gründe in Rechtskraft erwachsen. Der im Zivilprozess hervorgetretene Streit über die Bedeutung des p r o z e s s u a l e n Anspruchs im Verhältnis zum Sachverhalt ist im Verwaltungsprozess noch nicht entflammt. Vielleicht hat Haustein mit seiner grundlegenden Arbeit dafür gesorgt, dass dieser Streit im Verwaltungsprozess nicht mehr ausgetragen zu werden braucht. Auch Haustein lehnt sich an einen Prozesszweck an, der dem

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 112 ff.;

(2) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 128 ff.;

(3) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 163;

(4) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 164;

§ 12VI

des Zivilprozesses gleicht (1).

Haustein geht vom Klageantrag aus, den er als Richt- und Mittelpunkt des Prozesses ansieht. Denn seiner Meinung nach ist nur aus dem Klageantrag ersichtlich, was der Kläger eigentlich will. In dem Klageantrag müsse dann irgendwie auch der Streitgegenstand enthalten sein. Bei einer Durchsicht aller zur Zeit geltenden und der entworfenen Verwaltungsverfahrensordnungen stellt er fest, dass im allgemeinen überall für die Klageschrift ein Antrag als notwendig verlangt wird. Was den Sachverhalt als den anderen wesentlichen Bestandteil anlange, so sei die Lage noch geteilt. Nach manchen Verfahrensordnungen müsse er angegeben werden. Andere Verfahrensordnungen würden nur verlangen, dass die Klageschrift einen Sachverhalt enthalten solle. Haustein erkennt zutreffend, dass die Darstellung des Sachverhaltes allein von dem im Verfahren herrschenden Prinzip für die Stoffbeibringung bestimmt wird. Da im Verwaltungsprozess die Untersuchungsmaxime herrsche, also der Richter für die Beibringung des Tatsachenstoffs verantwortlich sei, habe die Partei auch keine Pflicht, den Sachverhalt im Klageantrag darzustellen. Haustein kommt auf diese Weise zu der zutreffenden Erkenntnis, dass der Sachverhalt nicht Teil des Streitgegenstandes sein kann. Haustein weist nämlich auf folgendes hin: Der Streitgegenstand werde bei Vornerrschen der Dispositionsmaxime doch allein von der Partei bestimmt. Über den Antrag kann die Partei disponieren, das ist unbestritten. Da das Gericht aber letztlich für die Beibringung des Tatsachenstoffs sorgen müsse, würde das Gericht, falls man auch den Sachverhalt zum Streitgegenstand zähle, über den Streitgegenstand bestimmen. Da damit die Dispositionsbefugnis der Partei über den Streitgegenstand durchbrochen wäre, könne der Sachverhalt notwendig nicht zum Streitgegenstand gehören. Dass der Sachverhalt auch im Verwaltungsprozess nicht zum

(1) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 38, 47; vergl. seinen Hinweis auf Schlochauer AöR Bd. 79, 185;

§ 12VI

Streitgegenstand gehört, zeigt Haustein auch an Beispielen. Obwohl man nach § 58 GewO auf Grund von zwei Sachverhalten einen Gewerbeschein verlangen könne, liege im Fall der Klage doch nur ein Streitgegenstand vor, denn es werde nur *e i n* Gewerbeschein begehrt. - Wenn damit der Sachverhalt nach Haustein nicht zum Streitgegenstand gehört, so bleibt dem Sachverhalt doch noch eine Funktion. Wie Schwab benutzt Haustein den Sachverhalt zur Konkretisierung des Antrags. Das wird besonders dort deutlich, wo es schwer fällt, ein Begehren genau von einem anderen zu unterscheiden. Verlange der Kläger Zahlung von 100 DM und behaupte er, ausser auf Grund einer gesetzlichen Grundlage auch wegen eines Anerkenntnisses dazu berechtigt zu sein, so müsse der Sachverhalt klären, ob es sich um dieselben 100 DM handele oder ob hier zweimal 100 DM also zusammen 200 DM verlangt werden könnten. Haustein bringt praktisch dieselben Beispiele wie Schwab. - Aus diesen Gründen richtet Haustein den Streitgegenstand, nach unserer Meinung auch zutreffend, allein nach dem Antrag aus. Der Sachverhalt wird nur zur Konkretisierung herangezogen.

Den so gewonnenen Antrag gestaltet Haustein noch näher aus. - Dem oft bei der Beschreibung der Klageschrift noch aufgeführten "Gegenstand" kommt nach der Meinung Hausteins keine besondere Bedeutung zu (1). Der "Gegenstand" sei stets im Antrag enthalten. - Im ganzen bestehe der Antrag aus drei Elementen:

1. Dem Begehren oder der Bitte an das Gericht auf Entscheidung entsprechend dem Antrag;
2. der Rechtsschutzform und
3. dem Inhalt des Begehrens (Rechtsfolgenbehauptung), über das der Kläger das Urteil wünscht.

Der Antrag als Streitgegenstand stellt danach das an das Gericht gerichtete Begehren dar, über eine in eine be-

(1) ähnlich Rosenberg, Lehrbuch, § 91 II 2a;

§ 12VI

stimmte Klageform gefasste Rechtsfolgenbehauptung eine Entscheidung herbeizuführen. Wie bei Schwab so steht auch hier das Begehren im Vordergrund. So viele Begehren, so viele Streitgegenstände. Daraus folgt, dass es weder auf Sachverhalte noch auf materielle Ansprüche ankommt. Hausteins Streitgegenstand ist prozessual und vom Sachverhalt unabhängig. Streitgegenstand ist das im Antrag bezeichnete auf die Entscheidung gerichtete Begehren. Der Sachverhalt dient nur zur Konkretisierung des Antrags.

Damit hat Haustein nicht nur einen Streitgegenstand entwickelt, der dem von uns gefundenen Prozesszweck und der Dispositionsmaxime gerecht wird, er hat auch einen Streitgegenstand entwickelt, der unserer Meinung nach allen im Verwaltungsprozess gestellten Anforderungen entspricht. Es kommt unserer Meinung nach auch im Verwaltungsprozess nur auf die Zahl der gewünschten Entscheidungen an, um eine Klagenhäufung feststellen zu können. Es ist belanglos, mit wieviel Sachverhalten oder materiellen Ansprüchen die einzelne gewünschte Entscheidung zu begründen ist. Für die Streitgegenstandsidentität ist allein massgebend, ob die zur Frage stehenden Klagen bezüglich ihrer erstrebten Entscheidungen nebeneinander bestehen könnten. Könnten diese nicht nebeneinander bestehen, weil andernfalls ein Verlangen doppelt erfüllt wäre, dann sind die Streitgegenstände identisch. Deshalb kann Streitgegenstand nur der von Haustein beschriebene Antrag sein. Dieser allein ist zutreffend.

13 Ergebnis.

I Wie die Dispositionsmaxime in allen Verfahren einheitlich durchgeführt werden kann, so kann auch in allen Verfahren der gleiche Streitgegenstand eingeführt werden. Auf Grund des überall gleichen Prozesszwecks und der allgemeinen Prozessrechtslehre ist sogar zu sagen, dass der Streitgegenstand in allen hier erwähnten Verfahren gleich sein muss.

Die Dispositionsmaxime zwang vor allem zu der Annahme, dass der Streitgegenstand in allen Verfahren ein solcher sein muss, der der Disposition der Parteien unterliegt. Durch die Dispositionsmaxime wurde der Antrag in den Mittelpunkt der Betrachtungen über den Streitgegenstand gerückt. Die Dispositionsmaxime gab auch den Hinweis, dass der Sachverhalt kaum zum Streitgegenstand gehören kann. Darüber aber, ob der Streitgegenstand der materielle oder der prozessuale Anspruch sein muss, entschied die Dispositionsmaxime nicht mehr. Dass der Streitgegenstand prozessual aufgefasst werden muss, folgt aus der allgemeinen Prozessrechtslehre. Der Prozess nimmt sich das materielle Recht zum Hintergrund, das Recht im Prozess ist aber selbst kein materielles Recht, sondern - wie schon der Name andeutet - prozessuales Recht. Streitgegenstand ist für alle Verfahren das im Klageantrag bezeichnete auf die Entscheidung gerichtete Begehren.

II Die nächsten Paragraphen werden zeigen, dass auch die von dem Streitgegenstand betroffenen Institute wie die von der Dispositionsmaxime betroffenen Institute in der Regel vereinheitlicht werden können. Dabei werden auch Probleme behandelt, die nicht unmittelbar vom Streitgegenstand berührt werden, aber insgesamt betrachtet für eine Vereinheitlichung der fünf hier in Frage kommenden Verfahrensordnungen von Wichtigkeit sind.

Der Streitgegenstand hat besondere Bedeutung beim Inhalt der Klageschrift, der Klagenhäufung, der Klageänderung, der Rechtshängigkeit, der Rechtskraft, dabei der Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte, und der Zu-

§ 13II

lässigkeit. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung der Klageform. An der Untersuchung dieser Institute werden wir gleichzeitig sehen, ob der von uns als der für alle Verfahren als passend angesehene Streitgegenstandsbegriff auch zu unserer Zufriedenheit arbeitet. - Oben genannte Prozesseinrichtungen bilden gleichzeitig Prüfsteine für die Anwendbarkeit des von uns übernommenen Schwab-Hausteinschen Streitgegenstands. Wie auf ihre allgemeinen Ausführungen so wird auch auf die über Klagenhäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft Bezug genommen.

14 Der Inhalt der Klageschrift.

I Im Zivil- wie im Arbeitsgerichtsprozess richtet sich der Inhalt der Klageschrift nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. In den Verwaltungsgerichtsverfahren sind die §§ 83 VGO, 62 FGO und 92 SGG einschlägig. Bei einer Durchsicht dieser Vorschriften fallen mannigfache Unterschiede auf. Es entstehen auch Unklarheiten. Um Klarheit zu erreichen, scheint es besser, nicht so sehr von den bereits vorhandenen Texten als vielmehr von dem den Inhalt der Klageschrift formenden Zweck und den Prozessmaximen auszugehen. Was ist zum Ingangbringen eines Verfahrens der Zivilgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Inhalt der Klageschrift ausreichend aber auch nötig? Die Frage beschränkt sich dabei auf das Problem des Antrages und des Sachverhaltes. Die Angabe der Parteien und des Gerichts wird ohne Diskussion als notwendig vorausgesetzt.

II Die in allen Verfahren herrschende Dispositionsmaxime gibt dem Kläger die Verfügung über den Streitgegenstand. Damit wird die Partei angehalten, den Antrag selbst zu stellen, das eigentliche Wollen, das Prozessziel, selbst zu spezifizieren. Dem Gericht ist die Dispositionsbefugnis über den Antrag entzogen. Dem Gericht es es deshalb auch verwehrt, den Antrag auf den von der Partei vorgetragenen Sachverhalt hin selbst zu stellen. Durch die richterliche Fragepflicht ist das Gericht lediglich gehalten, den Kläger dabei zu unterstützen, einen sachdienlichen Antrag zu stellen. Auch wenn die Beschreibung der Höhe des Schadens dem Gericht überlassen ist, wird die Dispositionsmaxime nicht ins Gegenteil verkehrt. Das Gericht ist in diesem Fall nur verpflichtet, die Höhe zu bestimmen, den Antrag stellt die Partei nach wie vor. Diese streng durchgeführte Dispositionsmaxime hat

§ 14II

andererseits zur Folge, dass die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden muss, wenn trotz Vorhalt durch das Gericht ein Antrag nicht gestellt wird. Ohne Antrag kann nun einmal nicht entschieden werden. Die Partei wird also gezwungen, unter Meidung des Prozessverlustes einen Antrag zu stellen. Das kann und muss für die Klageerhebung verlangt werden. Voraussetzung für den Inhalt der Klageschrift aller Verfahren ist danach auf Grund der Dispositionsmaxime zunächst die Stellung eines Antrages, um das auf die Entscheidung gerichtete Begehren zu bezeichnen.

III Der Antrag hängt nun vorläufig noch in der Luft. Um sich ein Bild von den der Klage zugrundeliegenden Vorgängen machen und um das Urteil fällen zu können, muss der Richter den Sachverhalt kennen. Hier zeigt sich nun ein Unterschied zwischen Zivil- und Verwaltungsprozess. Im Zivilprozess müssen die Parteien für die Sachaufklärung sorgen (1), im Verwaltungsprozess trägt der Richter die Verantwortung für die Beibringung der Tatsachen und Beweise (2). Dieser Unterschied muss sich notwendig auch auf den Inhalt der Klageschrift auswirken (3).

Das Gericht hat sich im Zivilprozess bei der Tatsachenbeibringung einer jeden Initiative zu enthalten. Von den Beweisen kann es ohne Antrag der Parteien nur den Augenschein einnehmen und den Urkunden- und Sachverständigenbeweis erheben. In der Anordnung der Parteivernehmung ist es beschränkt. Ist das Sachvorbringen des Klägers bei einer Verhandlung nicht schlüssig, dann muss ohne Beweiserhebung die Klage wegen Unbegründetheit abgewiesen werden. Falls kein den Antrag stützender Sachverhalt vorgetragen wird, wird die Klage eben abgewiesen. Daraus folgt, dass im Zivilprozess die Partei bei Meidung des Prozessverlustes auch gezwungen wird, den Sachverhalt vorzutragen. Es fragt sich nur, ob das auch schon für den Inhalt der Klageschrift gelten muss. Vielleicht reicht

(1) vergl. Seite 177 ff.;

(2) vergl. Seite 182 ff.;

(3) auf den Unterschied weist besonders Haustein, Streitgegenstand, S. 132, 135 hin;

§ 14III

schon die Darstellung durch ein Mindestmass an Tatsachen aus, so dass der Antrag gerade kenntlich gemacht ist. Die Tatsache, dass auch im Prozess noch Gelegenheit ist, Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen, zwingt zu der Annahme, dass für den Inhalt der Klageschrift nur so viel an Tatsachen verlangt werden kann, wie zur ausreichenden Erklärung der Klage gerade nötig ist (1).

Der Inhalt der Klageschrift im Zivilprozess muss also aus einem Antrag und einem Sachverhalt, der zur Erklärung des Antrags ausreicht, bestehen. Andernfalls erfolgt Klageabweisung wegen Unzulässigkeit (2).

Im verwaltungsprozess hat das Gericht letztlich den Streitstoff beizubringen, weil hier die Untersuchungsmaxime herrscht. Das bedeutet nicht, dass die Parteien jetzt einer jeden Mitarbeit enthoben wären. Sie bilden nach wie vor wohl die erste Quelle zur Aufklärung des Sachverhalts. Aber sie trifft nicht mehr die Verantwortung zur Sachaufklärung. Die Schlüssigkeitsprüfung fällt weg. Falls die Behauptungen der Parteien trotz der Fragen des Richters den Antrag wegen des unvollkommenen Sachverhalts nicht stützen, so darf die Klage trotzdem nicht so ohne weiteres wegen fehlender Schlüssigkeit abgewiesen werden (3). Das Gericht muss jetzt vielmehr erst selbst prüfen, ob es nicht noch Tatsachen zur Stützung des Antrages beibringen kann, da es verpflichtet ist, den wahren Sachverhalt aufzudecken. Ja, wenn in der Verhandlung von den Parteien gar kein Sachverhalt angegeben wird, darf die Klage trotzdem nicht - wegen Unzulässigkeit - abgewiesen werden. Es liegt zwar im ureigensten Interesse des Klägers, den ihm bekannten Sachverhalt anzugeben, trotzdem braucht er das im Verwaltungsprozess nicht zu tun. Er hat deswegen allein keinen Prozessverlust zu fürchten. Das Gericht ist ja gehalten, den Sachverhalt aufzudecken. (Es mag hier dahingestellt bleiben, ob bei böswilligem Schweigen nicht nach Treu und Glauben doch abgewiesen

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 91 II 2 b;
(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 91 IV 3;
(3) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 136;

§ 14III

werden kann.) Demzufolge kann auch von dem Kläger nicht verlangt werden, dass er den Sachverhalt in der Klageschrift angeben muss. Es kann nur gefordert werden, dass er den Sachverhalt angeben soll (1). Denn wenn der Sachverhalt nicht angegeben wird, darf wegen der Untersuchungsmaxime nicht wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden.

Es zeigt sich also, dass im Zivilprozess der Antrag und der Sachverhalt angegeben werden muss, wohingegen im Verwaltungsprozess nur der Antrag angegeben werden muss und der Sachverhalt lediglich angegeben werden soll (2). Eine Vereinheitlichung ist also nicht möglich. Der Unterschied Verhandlungsmaxime - Untersuchungsmaxime bildet hier eine natürliche Grenze für die Vereinheitlichung. Gleichzeitig wird gezeigt, dass der Inhalt der Klageschrift mit dem Streitgegenstand nicht identisch sein muss. Andernfalls würde - wie schon mehrfach darauf hingewiesen - der Sachverhalt einmal zum Streitgegenstand gehören und einmal nicht (3).

IV Nach der ZPO, die hier auch für das AGG gilt, muss die Klageschrift "die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag" enthalten. Klar ausgedrückt ist hier nur die Forderung nach einem bestimmten Antrag. Unklar wirkt, dass nach dem Antrag auch noch der Gegenstand bezeichnet werden soll. Es wird allgemeine (4) angenommen, dass der Gegenstand schon im Antrag darinsteckt. Der Hinweis auf den Gegenstand kann deshalb in einer künftigen Beschreibung des Inhalts der Klageschrift weggelassen werden. Habscheid (5) misst allerdings unter dem Hinweis auf § 287 ZPO dem Gegenstand Bedeutung zu. Er meint nämlich, dass der Antrag durchaus nicht immer bestimmt sein müsse, die Angabe des Gegenstandes aber notwendig sei. Diesen Einwand schwächt Habscheid aber selbst wieder ab, denn er gibt

(1) vergl. Eyermann-Fröhler, VGG, § 44 Anm. 2 b;

(2) so schon Haustein, Streitgegenstand, S.132-135;

(3) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S.140;

(4) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 91 II 2 a; Schwab, Streitgegenstand, S.192; Haustein, Streitgegenstand, S. 128 ff.;

(5) Habscheid, Streitgegenstand, S.109 ff.;

§ 14IV

zu, dass sich Antrag und Gegenstand in weitem Umfang decken. Es scheint nicht zweckdienlich, für die Fälle des § 287 ZPO eine besondere Umschreibung des Antrags einzuführen. Der blosse Begriff Antrag wird auch solchen Klagen gerecht, bei denen ein der Höhe nach unbezifferter Antrag gestellt werden kann.

Aber auch "der Grund des erhobenen Anspruchs" gibt zu Missdeutungen Anlass. Das zeigt schon der jahrzehntelange Streit zwischen der Substantiierungs- und der Individualisierungstheorie (1). Da jetzt nach der ganz herrschenden Meinung unter "Grund des erhobenen Anspruchs" die Sachdarstellung verstanden wird, sollte dem auch in klarer Weise Ausdruck gegeben werden. Damit entspricht die ZPO auch in dieser Hinsicht nicht den an sie gestellten Anforderungen.

Die Vorschrift des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss deshalb ersetzt werden. Bei der zukünftigen Vorschrift sollte der Beschreibung des Antrags als Streitgegenstand klar abgegrenzt die Beschreibung des notwendig darzustellenden Sachverhalts folgen.

V Die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnungen bedürfen ebenfalls einer Überholung. Nur § 83 VGO entspricht ungefähr unseren Forderungen, nach denen ein Antrag gestellt werden muss, der Sachverhalt aber nur angegeben werden soll. Wie schon eingangs erwähnt, müssen die Beteiligten selbstverständlich angegeben werden. Das kann jedoch in einem besonderen Absatz zum Ausdruck gebracht werden. Unklarer als das Wort Gegenstand bei § 253 ZPO wirkt hier der Begriff Streitgegenstand. Liest man allerdings dafür Gegenstand, dann wird die Ähnlichkeit mit der entsprechenden ZPO-Vorschrift deutlich. Dass Streitgegenstand nichts anderes als Gegenstand bezeichnet, meint auch Haustein (2). Es bestehen auch hier keine Bedenken, das Wort Streitgegenstand in dem Antrag aufgehen

(1) vergl. dazu Rosenberg, Lehrbuch, § 91 II 2 b; Haub-scheid, Streitgegenstand, S.185 ff.;

(2) Streitgegenstand, S.72;

§ 14V

zu lassen.

Satz 2 von § 83 VGO fordert kurz gesagt die Angabe des Sachverhalts als Sollvorschrift. Der Sachverhalt ist hier lediglich in Tatsachen und Beweise aufgegliedert. Hinweise auf Abschriften und die Unterschrift brauchen hier nicht zu erfolgen. Im grossen und ganzen genügt damit die Vorschrift des § 83 VGO unseren Anforderungen, was die Muss- und die Sollvorschrift anlangt.

Der Vereinheitlichung wegen sollte eine künftige Vorschrift über den Inhalt der Klageschrift der VGO bis auf eine wesentliche Ausnahme der der ZPO angeglichen werden: Die Regelung über die Sachdarstellung muss hier als Sollvorschrift ausgestaltet werden.

Nach der bereits schon wirksamen Vorschrift des § 92 SGG soll der Antrag ebenso wie der Sachverhalt in der Klageschrift angegeben werden. Es gibt in keinem Fall mehr ein "Muss". Im übrigen ist der Text dem von § 83 VGO sehr ähnlich. Die Dispositionsmaxime muss auch im SGG voll durchgeführt werden. Es besteht deshalb keine Veranlassung, die Angabe des Antrags nicht zu einer Mussvorschrift zu machen (1). Der Einwand, dass die Klage eines armen Rentners, der keinen Antrag zu stellen imstande sei, wegen Unzulässigkeit nicht abgewiesen werden dürfe, trifft hier nicht zu. Meist weiss auch der Rentner sehr wohl, was er will. Ausserdem hilft ihm die richterliche Aufklärungspflicht zur Stellung eines sachdienlichen Antrages. Im übrigen gilt für den Inhalt der Klageschrift das oben bei dem Inhalt der Klageschrift für die VGO Gesagte.

Damit ist für die Sozialgerichtsbarkeit eine Regelung denkbar, die der der VGO völlig gleicht.

Textlich anders gegliedert, aber im Wesen den Inhalt des § 92 SGG treffend, gibt sich § 62 Abs. 1 FGO. Hier gilt das schon zum Inhalt der Klageschrift des Sozialgerichtsprozesses Gesagte.

(1) Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 92 Anm. 2 verlangen bereits ein Muss für die Beibringung des Antrages, auf den davon verschiedenen Gesetzeswortlaut wird nicht eingegangen;

§ 14V

Absatz 2 von § 62 FGO bringt aber für eine Klageschrift etwas gänzlich Neues. Hier wird für Anfechtungsklagen ein Sonderstatus geschaffen. Der Kläger braucht danach nur noch zu sagen, "es ist etwas nicht in Ordnung". Dass er Nachprüfung verlangt, geht schon aus den dem Gericht zugesandten Schriftstücken hervor. Und schon kommt ein Prozess ins Rollen. Diese Vorschrift widerspricht der Dispositionsmaxime. Absatz 2 vermittelt nämlich ganz den Eindruck, als ob der Verwaltungsprozess von einem durch einen behördlichen Akt lediglich beschwerten Bürger ins Rollen gebracht werden kann, damit durch richterliche Kontrolle wieder Gerechtigkeit hergestellt wird. Durch Absatz 2 des § 62 FGO könnte man deshalb zu der Ansicht gelangen, dass in der FGO die Offizialmaxime gilt. Eine derartige Prozessauffassung wurde aber bereits auch für die FGO abgelehnt. Auch im Finanzgerichtsverfahren herrscht die Dispositionsmaxime und für Ausnahmen gibt es keine Begründungen. Es besteht deshalb keinerlei Grund, diesen Absatz 2 des § 62 FGO aufrecht zu erhalten.

Damit kann auch der Inhalt der Klageschrift für die Finanzgerichtsordnung genauso beschrieben werden wie der der Verwaltungsgerichtsordnung und der des Sozialgerichtsgesetzes.

VI Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Vorschrift, die den Inhalt der Klageschrift beschreibt, in allen Verfahren insoweit angeglichen werden kann, als Antrag und Sachverhalt beschrieben werden. Als Grenze der Vereinheitlichung ergibt sich jedoch, dass für die privatrechtlichen Verfahren Antrag und Sachverhalt angegeben werden müssen, während in den öffentlich rechtlichen Verfahren nur der Antrag angegeben werden muss, der Sachverhalt aber angegeben werden soll. Diese Grenze wird durch die verschiedenen Stoffbeibringungs-

§ 14VI

maximen verursacht.

Folgende Texte werden daher für den Inhalt der Klageschrift vorgeschlagen (1):

Für die privatrechtlichen Verfahren:

Die Klageschrift muss das Begehren des Klägers in Gestalt eines bestimmten Antrages enthalten. Der zur Begründung des Antrages dienende Sachverhalt muss angegeben werden.

Für die öffentlich rechtlichen Verfahren:

Die Klageschrift muss das Begehren des Klägers in Gestalt eines bestimmten Antrages enthalten. Der zur Begründung des Antrages dienende Sachverhalt soll angegeben werden.

Durch die nähere Erläuterung des Antrages ist zugleich unsere Auffassung vom Streitgegenstand in diese Vorschrift mit hineingekommen. Ausserdem wurde unsere Auffassung von der Rolle des Sachverhaltes dargelegt. Der Sachverhalt konkretisiert nur, er ist nicht Teil des Begehrens, des Streitgegenstandes.

(1) es wird Schwabs Vorschlag, Streitgegenstand, S.193, gefolgt;

§ 15 Die Klageformen.

I Die Klageformen bezeichnen die Arten der Klagen. Sie werden durch den Klageantrag mitbestimmt, von dem sie ein Element bilden. Eine Veränderung der Klageform kann aber muss nicht zu einem anderen Streitgegenstand führen. Die blosse Veränderung der Klageform kann damit eine Klageänderung zur Folge haben. Es besteht daher auch die Möglichkeit, dass bei blosser Änderung der Klageform trotz bereits rechtshängiger oder bereits rechtskräftiger Erstklage eine Zweitklage erhoben werden kann. Das sind die wichtigsten Verbindungen der Klageformen zum Thema Streitgegenstand. Im übrigen haben die Klageformen nichts mit dem Streitgegenstand zu tun. Wenn die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der Klageformen trotzdem an dieser Stelle erörtert werden sollen, dann deshalb, weil die Prüfung hier noch am passendsten scheint.

Die Formen der Rechtsschutzgewährung werden von der Lehre bereits in allen hier vorliegenden fünf Verfahren, der ZPO, dem AGG, der VGO, der FGO und dem SGG, einheitlich zusammengefasst. Alle Klagen werden auf die vom Zivilprozess entwickelten Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen zurückgeführt. Es bestehen indessen im Verwaltungsprozess immer noch Zweifel, wie die hier auf den ersten Blick anders wirkenden Klagearten auf die vom Zivilprozess entwickelten Klageformen zu verteilen sind und ob eine für alle Verfahren einheitliche Bezeichnung überhaupt angebracht ist. Die Untersuchung wird sich deshalb auf das Verwaltungsrecht beschränken.

Die VGO selbst gibt für diese Zweifel ein Beispiel. § 40 sagt, dass Rechtsschutz mit Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen begehrt werden kann. Dann werden in § 41 ff. die einzelnen Klageformen des Verwaltungsprozesses aufgezählt. Es ist nur noch von An-

§ 15I

fechtungsklage, Verpflichtungsklage und Feststellungsklage die Rede. Damit ist offen gelassen, worunter eine Gestaltungsklage und worunter eine Leistungsklage zu verstehen ist. Der Gesetzgeber war sich vielleicht selbst nicht klar. - Während die FGO Legaldefinitionen bringt, weist das SGG bei keiner Klagart daraufhin, ob eine Anfechtungs-, Vornahme-, Verpflichtungs- oder Feststellungsklage vorliegt. Das SGG bringt die im Sozialrecht möglichen Klagen schon beinahe in kasuistischer Form (1). Man sagt, dass sei des "leichteren Verständnisses wegen für den von dem Sozialrecht angesprochenen Personenkreis nötig gewesen" (2).

II Verschieden geregelt ist die Feststellungsklage. Alle Verfahren bringen zwar den Begriff der Feststellungsklage (§ 256 ZPO, § 42 Abs. 1 VGO, § 44 Nr. 4 FGO und § 55 SGG). Es handelt sich auch in der Regel um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Aber es gibt davon doch Ausnahmen. § 55 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SGG (3) und § 256 ZPO (4) (Urkunden) lassen Feststellungen zu, die nicht ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand haben. Durch das SGG wird dabei eine Grenze der Vereinheitlichung gezogen, die von der dem Sozialrecht innewohnenden Besonderheit gebildet wird. Der Charakter des Sozialrechts verlangt die Möglichkeit solcher Feststellungen, da hiervon sehr häufig die Zahlung oder Nichtzahlung erheblicher Geldbeträge abhängig ist (5). Diese Ausnahmenvorschriften müssen danach der Sozialgerichtsbarkeit belassen werden. Die in der ZPO aufgeführte Ausnahme dagegen kann wegfallen. Von der Möglichkeit einer Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde wird wenig Gebrauch gemacht. Eine derartige Klage kommt fast nie vor (6). Ihre Zulassung ist lehrmässig verfehlt. Damit kann die Feststellungsklage mit zwei Ausnahmen im SGG einheitlich als eine Klage

(1) vergl. Wagner NJW 56, 128;

(2) Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54 Anm. 1;

(3) vergl. Wagner NJW 56, 130; a.A. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54 Anm. 2, 3, 4, der die Klagen nach Abs. 3 u. 4 als Klagen auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses auffasst;

(4) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 86 I;

(5) ähnlich wohl Wagner NJW 56, 130;

(6) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 86 II 1 a;

§ 15II

auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses beschrieben werden (1a).

Bei den verwaltungsgerichtlichen Regelungen fällt auf, dass ausserdem noch von der Möglichkeit der Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gesprochen wird. Da die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes eigentlich einschliesst (1), könnte der Satz, der auf die Möglichkeit der Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts hinweist, weggelassen werden. Da aber über diese Klageart noch Unklarheit herrscht - man weiss nicht, ob sie der Feststellungsklage oder der Anfechtungsklage zugerechnet werden soll (2) - empfiehlt es sich, diese Unklarheit durch eine klare Vorschrift zu beseitigen.

Bei der Regelung der Zulässigkeit der Feststellungsklage zeigt sich noch zwischen der zivilprozessualen Vorschrift und denen der Verwaltungsgerichtsverfahren ein Unterschied. § 256 ZPO setzt ein rechtliches Interesse voraus. Im Verwaltungsprozess dagegen genügt ein berechtigtes Interesse zur Klagezulässigkeit. Da im Zivilprozess schon das rechtliche Interesse weit und frei ausgelegt wird (3), ein blosses berechtigtes Interesse aber unklar und beinahe grenzenlos scheint, empfiehlt es sich, auch in den Verwaltungsgerichtsverfahren die Zulässigkeit an das rechtliche Interesse zu knüpfen.

Gegen eine einheitliche Formulierung bestehen danach keine Bedenken mehr. Die einzelnen bei manchen Verfahren zu berücksichtigenden Besonderheiten müssten in nachfolgenden Absätzen angeschlossen werden, um die generelle Vereinheitlichung hervorzuheben. Die §§ 256 ZPO, 42 Abs. 1, 2 VGO, 44 Nr. 4 FGO und 55 Abs. 1 SGG müssten durch folgenden Text ersetzt werden:

Durch Klage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses

(1a) das gilt auch für die FGO, wo bisher eine solche Regelung nicht existiert;

(1) vergl. v. Turessg MDR 52, 150/1;

(2) vergl. Nachweise bei Wagner NJW 56, 130;

(3) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 86 II 2 a;

§ 15II

begehrt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat (Feststellungsklage).

Die Verwaltungsgerichtsverfahren müssten dem als Absatz 2 anfügen:

Darunter fällt auch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes.

Im SGG müssten dann in weiteren Absätzen die beiden in § 55 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SGG enthaltenen Regelungen obiger Vorschrift angeschlossen werden.

Das Problem der Feststellungsklage ist damit noch nicht erledigt. Im Verwaltungsprozess ist nämlich noch immer nicht ganz geklärt, welche Rolle die Feststellungsklage eigentlich spielt. Wenn auch die verwaltungsgerichtliche Normierung der Feststellungsklage der der ZPO gleicht, so ist damit noch nichts über die Anwendbarkeit der Feststellungsklage im Verwaltungsprozess gesagt. Es soll deshalb hier noch versucht werden, einen Überblick über die Anwendbarkeit der Feststellungsklage im Verwaltungsprozess zu geben.

Die Natur der Feststellungsklage im Parteistreitverfahren gleicht der des Zivilprozesses (1).

Für das Über-Unterordnungsverhältnis gilt folgendes: Generell möglich ist die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, z.B. die Klage auf Feststellung, dass das Beamtenverhältnis fortbesteht oder zu bestehen aufgehört hat. Eines Vorverfahrens bedarf es dabei nicht. Brauer nennt das die einfache Feststellungsklage (2).

Die Möglichkeit der Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wird meist deswegen abgelehnt, weil diese Klage im Gesetz nicht aufgeführt sei (3). Man kann sie auch deswegen ablehnen, weil ein Verwaltungsakt kein Rechtsverhältnis ist. Wie schon v.Turegg nachgewiesen hat, ist diese Auffassung zu eng (4).

(1) Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 55 Anm.2 und Eyermann-Fröhler, VGG, § 24 Anm. A I 1 a, halten Feststellungsklagen ohnehin nur unter Gleichgeordneten für möglich;

(2) MDR 51, 457;

(3) vergl. Brauer MDR 51, 457;

(4) MDR 52, 150/1;

§ 15II

Man muss das hinter dem Verwaltungsakt liegende Rechtsverhältnis sehen. Aber auch eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Rechtsverhältnisses ist unserem Klagensystem fremd. Es gibt weder Klagen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes noch Klagen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Rechtsverhältnisses. Es kann nur auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden. - Trotz dieser allgemeinen Regel gibt es eine Ausnahme. § 114 VGO und § 131 SGG erlauben dann eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, wenn nach Erhebung der Anfechtungsklage die Erledigung der Klage eintritt. Die Lehre und die Rechtsprechung nehmen sogar ausdehnend an, dass auch die ursprüngliche Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes in gewissen Fällen dann möglich ist, wenn sich der Verwaltungsakt schon vor Klagerhebung erledigt hat (1). Es sind sogar Stimmen laut geworden, die Klagen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes für die Zukunft in gewissem Umfang zulassen wollen (2). Unserer Meinung nach ist das Einräumen derartiger Ausnahmen nicht erforderlich. Im Fall der Erledigung sei die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses zwecklos. Das ist zutreffend. Die Klage ist ja erledigt. Das gilt auch dann, wenn sich die Sache vor Klageerhebung erledigt hat. Auch die Klage auf Feststellung, dass der Verwaltungsakt, gemeint ist das Zugrundeliegende Rechtsverhältnis, nicht bestanden hat, ist zwecklos. Es hat bestanden, auch wenn es rechtswidrig war. Der Verwaltungsakt besteht fort bis zu seiner Aufhebung, auch wenn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis rechtswidrig war. Bei dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis kann angeknüpft werden. Falls der Kläger sich gegen den Verwaltungsakt auf irgendeine Weise gewehrt hat, muss folgende Klage möglich sein: Ich klage auf Feststellung,

(1) vergl. Naumann DVBl 51, 140; Bay^{VGH} BayVB1 56, 251;
(2) vergl. Meyer DVBl 56, 192; Naumann in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 391; ablehnend OVG Münster DVBl 56, 275;

§ 15II

dass auf Grund meiner Anfechtung eines Rechtsgrundlage für den Verwaltungsakt nicht mehr bestand. Einer derartigen Klage wird man nur zustimmen können, wenn man den Verwaltungsakt wie etwa die Benutzung eines fremden Grundstückes als Folge eines Rechtsverhältnisses auffasst. Tut man das, dann braucht man nicht den Ausweg der an sich systemwidrigen Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Das Bedürfnis zu einer solchen Klage ist zwar vorhanden, der Zweck einer solchen Klage kann aber mit einer normalen Feststellungsklage ebenso erreicht werden.

Die Klage der Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, die wir mit v.Turegg (1) unter die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses einreihen, wird von der Lehre als verschleierte Anfechtungsklage angesehen und damit als "besondere Feststellungsklage" betrachtet (2). Uns scheint es - wie bereits ausgeführt - besser, diesen Unterfall der Feststellungsklage wie eine gewöhnliche Feststellungsklage und nicht wie eine Anfechtungsklage zu betrachten. Es wird doch auch mit dieser Klage nur gesagt, dass ein Rechtsverhältnis nie bestanden hat. Ein Vorverfahren und die Bindung an eine Klagefrist kommt hier ebenso wenig wie bei der "gewöhnlichen" Feststellungsklage in Frage.

Im Grunde gibt es also auch im Verwaltungsprozess nur Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen. Die im Gesetz festgelegten und von der Lehre angenommenen Ausnahmen bilden nicht eine Regel (3). Unserer Meinung nach könnten auch diese Ausnahmen beseitigt werden. Die damit in Zusammenhang stehende Lösung soll nicht vorgeschlagen werden. Sie wird nur zur Diskussion gestellt.

III Nicht endgültig geklärt ist, was im Verwaltungsprozess

(1) MDR 52, 150/1;

(2) vergl. Brauer MDR 51, 457;

(3) Brauer, MDR 51, 457, meint sogar, diese Klagen seien keine Klagearten, es lägen jeweils nur Anträge innerhalb des Verfahrens vor;

§ 15III

unter die Leistungsklage fällt. Wie die Feststellungsklage ist die Leistungsklage in keinem Gesetz definiert. Zwar wird in § 44 Nr. 4 FGO die Klage gegen eine Behörde auf eine andere Leistung als zur Vornahme eines Verwaltungsaktes als Leistungsklage bezeichnet. Damit ist wohl noch nicht die Leistungsklage im Verwaltungsprozess schlechthin definiert. Diese Vorschrift will offenbar wie § 54 Abs. 5 SGG nur sagen, dass vor den Verwaltungsgerichten auch gleichgeordnete Parteien ihre Ansprüche geltend machen können. Die §§ 257, 258, 259 ZPO, 44 Nr. 2 und 3 FGO, 54 Abs. 4 und 5 SGG bringen Sonderfälle der Leistungsklage. - Obwohl die Lehre eine klare Definition der Leistungsklage gegeben hat - eine Leistungsklage ist eine Klage, die die Durchsetzung eines Anspruchs auf Leistung im Sinne des § 194 BGB zum Ziel hat (1) -, gibt es im Verwaltungsprozess unserer Meinung nach für die Einordnung als Leistungsklage dann Schwierigkeiten, wenn sie zur Gestaltungsklage hintendiert. Ein Beispiel dafür ist die Klage nach § 894 ZPO. Also schon im Zivilprozess gibt es dabei Zweifelsfragen (2).

Einigkeit besteht darüber, dass die Klage auf Vornahme eines Verwaltungsaktes im Verwaltungsprozess als Leistungsklage aufzufassen ist (3). Wenn ein Kläger den Erlass eines Verwaltungsaktes beantragt, sei es dass die Behörde untätig blieb oder der Erlass bereits abgelehnt wurde, dann begehrt er die Verurteilung der Behörde zu einer Leistung, nämlich zur Leistung des Erlasses des begehrten Verwaltungsaktes. Es ist dabei nicht massgeblich, welchen Inhalt der Verwaltungsakt erhält. Bei Antrag auf Zahlung von monatlich 100 DM Rente werde nicht 100 DM als Leistung begehrt, sondern der Erlass eines Verwaltungsaktes, der dem Kläger eine Rente von 100 DM gewährt. Oft liegt in der Geldleistung selbst der Verwaltungsakt (4).

Es ergibt sich also, dass die Vornahme- und die

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 85 I;

(2) vergl. Larenz, NJW 51, 499, der seinerseits auf Bötticher (Die wandlung als Gestaltungsklage, 1938) hinweist;

Nikisch, Lehrbuch, S.157;

(3) Nachweise bei Hauelsen NJW 57, 11;

(4) vergl. Zschacke NJW 56, 730/1;

§ 15III

Verpflichtungsklage der Leistungsklage zuzurechnen sind. Es muss aber betont werden, dass die Vornahme- und die Verpflichtungsklage Eigenarten des Verwaltungsprozesses sind. Würde man im Verwaltungsprozess für diese beiden Klagen die Bezeichnung Leistungsklage bringen, dann würde das einmal zu Unklarheiten führen (1), zum anderen aber würde die Bezeichnung Leistungsklage im Verhältnis zum Zivilprozess nicht ganz zutreffen. Im Verwaltungsprozess ist man nun einmal eine eigene Terminologie gewohnt, die den Charakter der einzelnen Klageformen im Unterschied zu den anderen dort vorkommenden besonders zutreffend wiedergibt. Die Vornahme- und die Verpflichtungsklage stellen zwar Leistungsklagen dar, sie bilden aber nur einen kleinen Teil aller generell möglichen Leistungsklagen. Deshalb scheint es besser, im Verwaltungsprozess bei den einmal gewohnten Bezeichnungen zu bleiben.

Schwierig ist es, das Gegenstück zur Vornahmeklage, die Anfechtungsklage, in das allgemeine Klagensystem einzugliedern. Die herrschende Lehre fasst die Anfechtungsklage als Gestaltungsklage auf (2). Wohl nur Bettermann deutet an (3), dass man die Anfechtungsklage auch als Klage zur Abgabe einer Willenserklärung auffassen kann, nämlich der Erklärung, der Verwaltungsakt ist aufgehoben. Das scheint auch unserer Meinung nach der richtige Weg zu sein. Warum sollte das Gegenstück zur Vornahmeklage, die eine Leistungsklage ist, eine Gestaltungsklage sein?

Der Durchsetzung einer Vornahmeklage liegt der Gedanke zugrunde, dass die Behörde den Verwaltungsakt endlich erlassen soll. Bei der Anfechtungsklage wird gewünscht, dass die Behörde den Verwaltungsakt endlich aufheben soll. Man wendet sich vor dem Prozess in beiden Fällen an den Gegner, macht den Anspruch geltend und bittet um Leistung, den Erlass oder die Aufhebung des Verwaltungsaktes. Wird geklagt, dann wird nur das verlangt, was schon

(1) zu den jetzt schon bestehenden Unklarheiten vergl. Zachacke NJW 56, 730; auch Schlochauer, AÖR Bd.79, 199, meint, dass sich das Klagensystem der ZPO nicht direkt auf das Verwaltungsrecht übertragen lasse;

(2) vergl. Engelhard NJW 56, 1377;

(3) DVBl 53, 164; auch Wellmann, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage ein Rechtsmittel?, Diss. Münster 1953, S.15 ff., räumt diese Auslegung ein; unklar Menger, System, S.260 einerseits und S.136 andererseits.

§ 15III

vorher hätte geleistet werden können und was noch immer auch ohne Urteil erfüllt werden kann. Wenn das Urteil ergeht, dann wird in einem Fall die Behörde zur Vornahme des Verwaltungsaktes und in dem anderen Falle, so sollte man meinen, zur Aufhebung des Verwaltungsaktes verurteilt. Doch dem ist nicht so. Man spricht bei der Anfechtungsklage im Tenor nicht die Verurteilung der beklagten Behörde aus. Man hebt den Verwaltungsakt selbst auf. Damit bekommt die Anfechtungsklage das Gesicht einer Gestaltungsklage. Sie ist prozessual als Gestaltungsklage ausgebildet.

Die Aufhebungsklage ähnelt aber auch bis zu einem gewissen Grad der Leistungsklage (1), wenn man sie mit der Klage nach § 894 ZPO vergleicht: Hier wie dort erreicht man die Leistung nicht durch Beugezwang. Der Erfolg des Zwanges wird mit der Rechtskraft des Urteils als bestehend angenommen. Diese Lösung entspricht einfach dem praktischen Bedürfnis. An die Rechtskraft wird die Fiktion der Abgabe der Willenserklärung und die Aufhebung des Verwaltungsaktes geknüpft. Auch das Anfechtungsurteil gibt dem Kläger nicht konstitutiv das Recht auf Rechtsänderung. Es bestätigt deklarativ sein Recht, von der Behörde die Aufhebung des Verwaltungsaktes verlangen zu können. Als Leistungsklage kann die Anfechtungsklage nur deshalb nicht begriffen werden, weil bei dieser anders als bei einem Urteil nach § 894 ZPO wie bei einer Gestaltungsklage tenoriert wird.

Dass die Anfechtungsklage durchaus als Leistungsklage ausgebildet werden könnte, zeigt folgende Überlegung: Bei der Anfechtungsklage und bei der Aufhebungsklage klagt der Bürger, weil er sein subjektives Recht durch ein von der Behörde verursachtes rechtswidriges Handeln verletzt fühlt (2). Aus der Verletzung folgt der Anspruch des Bürgers gegen den Staat auf Wiedergutmachung des von diesem angerichteten Schadens. Die Behörde hat die Pflicht zur Wiedergutmachung des Unrechts. Es kann dabei gleichgültig sein, ob sie durch den Erlass eines Verwaltungsaktes oder durch Aufhebung eines Verwaltungsaktes wiedergutmachen.

(1) worauf Bettermann, DVBl 53, 164, hinweist;

(2) das gibt auch Engelhard zu, NJW 56, 1377; weiter geht er aber nicht;

§ 15III

muss. - Damit liegt der Anfechtungsklage wie der Vornahmeklage ein Anspruch zugrunde, dem auf der anderen Seite eine Pflicht gegenübersteht. Grund der Anfechtungsklage bildet nicht ein Recht auf Gestaltung. Wenn die Behörde durch vorherige Aufhebung des Verwaltungsaktes die Klage unmöglich macht, dann erfüllt sie ihre Pflicht. Dem darf man nicht entgegenhalten, dass auch bei Gestaltungsklagen die Gegenseite durch eine Handlung den Urteilserlass unmöglich machen kann. Wenn bei einer Mietaufhebungsklage der Beklagte von sich aus auszieht, dann erfüllt er nicht eine Pflicht, der er zu genügen hat, weil der Kläger einen Anspruch geltend macht, sondern er macht nur das Gestaltungsrecht des Klägers gegenstandslos, sonst nichts (1). Das Recht auf Miethebung ist eben kein Anspruch, der für die andere Seite eine Pflicht zur Folge hat, sondern nur ein Recht auf Gestaltung. Ein solches Recht auf Gestaltung steht aber dem Bürger bei der Anfechtungsklage nicht zu. Bei der Anfechtungsklage sollten die Urteile wie bei der Vornahmeklage auch nur deklarativ, nicht konstitutiv wirken.

Damit ist ersichtlich, dass auch die Anfechtungsklage als Leistungsklage ausgebaut werden könnte. Auch aus § 114 Abs. 1 Satz 2 VGO - Rückgängigmachung des vollzogenen Verwaltungsakt - folgt, dass diese Meinung durchaus ihre Berechtigung hat. Die Rückgängigmachung des vollzogenen Verwaltungsaktes wird nämlich auch durch ein Leistungsurteil erzielt (2). Durch obige Ausführungen wurde aber auch deutlich, dass man beide Klagen nicht einfach mit der zivilprozessualen Terminologie bezeichnen kann, ohne durch eine eigene Bezeichnung auf den jeweiligen Sonderstatus einzugehen. Es scheint besser, weiterhin die Bezeichnungen Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage beizubehalten (3).

Aus obigen Untersuchungen ergibt sich, dass § 40 VGO, der die zivilprozessuale Terminologie bringt, weglassen werden kann. Dagegen kann § 41 Absatz 1 VGO belassen werden. Diese Vorschrift sagt mit genügender Deutlichkeit, was unter Anfechtungsklage und

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 87 I 2;

(2) vergl. Schlochauer AöR Bd. 79, 200;

(3) vergl. Schlochauer AöR Bd. 79, 199;

§ 15III

Verpflichtungsklage zu verstehen ist. Die gleiche Formulierung kann unbedenklich auf die VGO übertragen werden. Damit würde § 44 Nr. 1 und 2 VGO ersetzt. Eines besonderen Hinweises auf die Möglichkeit, im Klageweg eine Abänderung des Verwaltungsaktes begehren zu können, bedarf es nicht (1). Wenn auf Beseitigung des ganzen Verwaltungsaktes geklagt werden kann, dann muss auch eine Teilanfechtung, eine Abänderung, möglich sein. Dem Text des § 54 Abs. 1 SGG müssen nur mehr die Erklärungen (Anfechtungsklage), (Verpflichtungsklage) beigelegt werden, um die Angleichung zu § 41 Abs. 1 VGO herzustellen. Weggelassen werden können im SGG die Absätze 3 und 4 des § 54. Dass die hier besonders geregelte Standardklasse des Sozialrechts, eine Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, überflüssig ist, hat schon Hauelsen festgestellt (2). Hier bedarf es deshalb dazu keiner weiteren Ausführungen. Auch die Möglichkeit der "Aufsichtsklage" (3) braucht nicht besonders erwähnt zu werden. Eine solche Klage stellt keine Besonderheit dar. Sie ist eine normale Anfechtungsklage. Die Verfügung der Aufsichtsbehörde an die Selbstverwaltungskörperschaft wird dabei wie ein Verwaltungsakt betrachtet (4). Zur Orientierung kann ausserdem das Verhältnis Gemeinde-Rechtsaufsichtsbehörde herangezogen werden.

Damit kann für alle Verwaltungsgerichtsverfahren die Norm des § 41 Abs. 1 VGO eingeführt werden:

Durch Klage kann die Anfechtung eines Verwaltungsaktes (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes (Verpflichtungsklage) begehrt werden.

Gestrichen werden können auch die §§ 44 Nr. 3 VGO und 54 Abs. 5 SGG. Diese Vorschriften sollen auf die Möglichkeit von Parteistreitigkeiten hinweisen. Die VGO macht - wie Schlochauer mit Recht meint (5) - ihren Vorschriften nach keinen Unterschied zwischen Anfechtungssachen und

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54 Anm. 2;

(2) NJW 57, 11;

(3) vergl. Wagner NJW 56, 129;

(4) dazu Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54 Anm. 3;

(5) ABR Bd. 79, 189;

§ 15III

Parteistreitigkeiten. Um die Möglichkeit von Parteistreitigkeiten klar herauszustellen, empfiehlt es sich, in die Verwaltungsgerichtsverfahren folgende Vorschrift einzufügen:

Bei öffentlich rechtlichen Streitigkeiten gleichgeordneter Rechtsträger kann wie im Zivilprozess Rechtsschutz mit Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen begehrt werden.

IV Im Zivilprozess liegt dann eine Gestaltungsklage vor, wenn das materielle Recht auf Gestaltung ein stattgegebenes Urteil voraussetzt (1). Dabei gibt es Klagen mit Wirkung ex nunc (z.B.Ehescheidungsklage) und solche mit Wirkung ex tunc (z.B.Ehenichtigkeitsklagen). In beiden Fällen muss ein materielles Recht auf Gestaltung vorliegen. Dieses Recht kann von der anderen Seite nicht erfüllt werden, wie bereits erwähnt, kann es nur gegenstandslos gemacht werden. Das Recht auf Gestaltung ist kein Anspruch, der die andere Seite verpflichtet.

Der Rekurs, der als Gestaltungsklage angesehen werden kann, ist nach der VGO nicht mehr möglich (2). Prozessual als Gestaltungsklage ausgebildet ist aber noch - wie oben dargelegt - die Anfechtungsklage.

Wenn man die Anfechtungsklage unter dem Hinweis auf die Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (§ 139 AktGes), auf Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft (§§ 133, 131 HGB) oder mit dem Hinweis auf die "Anfechtungsklagen" nach den §§ 664, 684 ZPO auch als echte Gestaltungsklage ansieht (3), so wird man doch den Begriff Anfechtungsklage nicht durch den im Zivilprozess entwickelten Begriff Gestaltungsklage ersetzen können. Die Anfechtungsklage ist nun einmal für den Verwaltungsprozess charakteristisch. Eine Änderung der im vorigen Abschnitt (4) gegebenen Definition kommt wie auch bei der Verpflichtungsklage nicht in Frage.

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 87 I 1;

(2) dazu Schlochauer AöR Bd.79, 200;

(3) auf diese Klagen weist Bettermann, DBV 53, 168, hin; auch Menger, System, S.182, zieht damit Vergleiche;

(4) vergl. S.115;

16 Die objektive Klagenhäufung.

I Unter objektiver Klagenhäufung versteht man "die Geltendmachung mehrerer prozessualer Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten in einem Klageverfahren" (1). Das Institut der Klagenhäufung dient der Prozessökonomie. Man versucht, mehrere Sachen auf einmal zu erledigen. Die objektive Klagenhäufung kann durch gleichzeitige Geltendmachung, durch eine nachträgliche Zusatzklage oder, was dasselbe ist, durch Verbindung mehrerer Prozesse durch das Gericht entstehen. Es muss allerdings hinzugefügt werden, dass eine nachträgliche Zusatzklage heute meist als Klageänderung angesehen wird. Eine nachträgliche Zusatzklage führt wohl zu beiden Prozessinstituten, zur Klagenhäufung wie zur Klageänderung (2). Daran wird die enge Verwandtschaft von Klagenhäufung und Klageänderung ersichtlich.

Über jeden prozessualen Anspruch ergeht eine besondere Entscheidung. Oft ersieht man jedoch erst aus dem Sachverhalt, ob mehrere Ansprüche zur Entscheidung gestellt werden. Es kommt also darauf an, säuberlich zwischen den einzelnen Streitgegenständen zu trennen. Das Nebeneinander von Streitgegenständen, also die Klagenhäufung, muss in Anlehnung an den für das jeweilige Verfahren geltenden Streitgegenstand beschrieben werden. Da wir hier für die ZPO, das AGG, die VGO, die FGO und das SGG den gleichen Streitgegenstand gefunden haben, muss auch die Klagenhäufung gleich beschrieben werden. Danach muss in allen hier in Frage kommenden Verfahren dann eine Klagenhäufung vorliegen, wenn der Kläger gegen den Beklagten mehrere Entscheidungen begehrt und darüber in einem Verfahren verhandelt wird. An kritischen Beispielen wird sich zeigen, dass sich diese Auffassung bewährt.

II Es ist selbstverständlich, dass bei mehreren verschiedenen

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 93 I; für die Verwaltungsverfahren vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 56 Anm. 1;
(2) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 105;

§ 16II

Anträgen eine Klagenhäufung vorliegt, denn dabei handelt es sich ganz offensichtlich um mehrere Streitgegenstände. Es kann dabei gleichgültig sein, ob die Anträge aus demselben Sachverhalt oder aus verschiedenen Sachverhalten hergeleitet werden. In keinem Verfahren bestehen daran Zweifel. Schwierigkeiten tauchen nur dann auf, wenn ein Recht mit mehreren Sachverhalten belegt ist. Unter Recht sei hier Anspruch zu verstehen. Um dabei eine Klagenhäufung feststellen zu können, bedarf der Sachverhalt einer genauen Analyse. Doch auch hier wird sich zeigen, dass allein der Antrag entscheidend ist. Trotz der dabei dem Sachverhalt zufallenden Bedeutung wird dieser nicht Teil des Streitgegenstandes. Der Sachverhalt kennzeichnet auch hier nur das im Antrag bezeichnete Begehren.

1. Wird ein und dieselbe Leistung auf Grund Vertrages oder Gesetzes und eines darüber bestehenden Anerkenntnisses verlangt, dann handelt es sich gleichwohl um dieselbe Sache, um dasselbe Begehren. Es gibt nur mehrere Begründungen. Eine Klagenhäufung kann nicht vorliegen. Läge eine kumulative Klagenhäufung vor, dann müssten auch mehrere Entscheidungen ergehen. Das aber kann in unserem Fall nicht gut möglich sein. Würde nämlich aus dem ersten Fall dem Antrag entsprochen, und wäre der Antrag aus dem zweiten auch begründet, dann müsste ja der Kläger seine Leistung zweimal erhalten. Er kann sie aber nur einmal erhalten. Da nur eine Entscheidung begehrt wird und begehrt werden kann, liegt eine Klagenhäufung nicht vor. Ein Beweis mehr dafür, dass der Streitgegenstand nur vom Antrag gebildet wird. Auch die Annahme einer eventuellen (1) oder alternativen Klagenhäufung (2) führt zu wenig praktisch befriedigenden Ergebnissen, wie Schwab nachgewiesen hat.

2. Gehen die Sachverhalte bei gleichem Antrag von ganz verschiedenen Ansprüchen aus, die miteinander nichts zu tun haben, will aber der Kläger trotzdem nur

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 81, 82, 83;
(2) " " " " " " S. 84, 85, 86;

§ 16II

einmal die Leistung geltend machen, dann handelt es sich um eine eventuelle Klagenhäufung. Es sind nämlich in Wirklichkeit zwei prozessuale Ansprüche vorhanden. Als Beispiel mag eine Klage auf Zahlung von 100 DM herangezogen werden, wobei die Klage einmal auf Anerkenntnis für eine Schuld aus dem Jahre 1954 gestützt wird und einmal auf ein Anerkenntnis für eine andere Schuld über zufällig die gleiche Höhe aus dem Jahre 1956. In erster Linie begehrt der Kläger aus dem einen oder anderen Grund Zahlung aus dem Anerkenntnis von 1954. Es liegen also hier tatsächlich zwei Ansprüche vor, die in einem Eventualverhältnis geltend gemacht werden (1). Die Anträge sind lediglich nur äusserlich gleichlautend. Aus dem Sachverhalt ergibt sich jeweils, dass es sich um ganz verschiedene Ansprüche handelt. Wäre die Klagenhäufung in diesem Falle keine eventuelle sondern eine normale, dann könnte hier die Zahlung von 200 DM geltend gemacht werden. Nicht weil es sich um zwei Sachverhalte, sondern weil es sich - wie die Sachverhalte zeigen - um zwei Anträge handelt, liegt eine Klagenhäufung vor. Entscheidend sind allein die Anträge, die freilich oft erst durch die Sachverhalte auseinander zu halten sind.

3. Ergibt sich aber aus dem Sachverhalt, dass der Antrag die Summe mehrerer an sich ganz verschiedener prozessualer Ansprüche ist, die alle ohne weiteres getrennt nach- oder nebeneinander geltend gemacht werden könnten, dann liegt eine Klagenhäufung vor (z.B. Klage auf Zahlung von 90 DM, dabei 30 DM aus Kauf vom 1.1., 30 DM aus Darlehen vom 1.3. und 30 DM Schadensersatzanspruch vom 1.6.). Auch hier kommt es wieder auf die Anträge an. Der Sachverhalt konkretisiert nur. Da in unserem Beispielsfall drei verschiedene Entscheidungen begehrt werden könnten, liegen drei Streitgegenstände, danach eine Klagenhäufung vor.

Es ist also bei gleichlautendem Antrag und

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.90;

§ 16II

mehreren Sachverhalten in jedem Fall erst durch den Sachverhalt zu prüfen, ob ein Antrag oder mehrere Anträge, also verschiedene Streitgegenstände, vorliegen.

Für die Klagenhäufung lässt sich folgender Schluss ziehen: Die Streitgegenstände sind dann verschieden (Klagenhäufung), wenn mehrere äusserlich verschiedene Anträge aus demselben oder mehreren Sachverhalten oder wenn mehrere äusserlich gleichlautende Anträge aus mehreren Sachverhalten gebildet werden, somit doch auch wieder inhaltlich verschiedene Anträge vorliegen. Es liegt aber nur ein Streitgegenstand und damit keine Klagenhäufung vor, wenn der Klageantrag mit lediglich mehreren rechtlichen Begründungen oder Sachverhalten versehen ist, es sich nur um eine Leistung, eine Feststellung, eine Gestaltung handelt. Es kommt also allein auf die Mehrheit von Anträgen an. Wenn der Sachverhalt auch zur besseren Kenntlichmachung des Antrags herangezogen werden muss, so kommt es doch auf die Zahl der Sachverhalte nicht an. Es zeigt sich somit, dass unser vom Antrag her bestimmter Streitgegenstand sich bewährt.

Überzeugende Beispiele für die ZPO bringt Schwab (1) und für den Verwaltungsprozess Haustein (2). Auf die Darstellungen beider Autoren wird verwiesen.

Einer einheitlichen Regelung steht nichts mehr im Weg.

III Alle fünf hier in Frage kommenden Verfahrensordnungen kennen die Klagenhäufung oder Klagenverbindung. Im Zivilprozess und im Arbeitsgerichtsverfahren richtet sich die Klagenhäufung nach § 260 ZPO. Im Verwaltungsrecht bringen § 43 VGO, § 46 FGO und § 56 SGG eine bereits einheitlich formulierte Regelung. Das ist schon ein Fortschritt, zumal diese verwaltungsgerichtlichen Vorschriften bereits bis zu einem gewissen Grade unserer Auffassung entsprechen; es ist hier von Klagebegehren die Rede (3).

(1) Streitgegenstand, S.87-98;

(2) Streitgegenstand, S.193-213;

(3) in den Verfahren vor den Sozialgerichten wird wohl bereits in unserem Sinne verfahren, vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 56 Anm.1;

§ 16III

In den Verwaltungsgerichtsverfahren bedarf der Begriff Klagebegehren nur noch einer näheren Erläuterung, so dass ersichtlich ist, was unter Klagebegehren zu verstehen ist.

Unklar wirkt die jetzige Regelung der ZPO (1). Es wird nur von Ansprüchen gesprochen, Das muss geändert werden.

Es sind noch zwei Dinge zu beachten, die mit dem Wesen des Streitgegenstands nichts zu tun haben.

Die ZPO verlangt für die Zulässigkeit der Klagenhäufung noch, dass alle zu verbindenden Ansprüche in dieselbe Prozessart gekleidet sind. Dabei ist vornehmlich an den Urkundenprozess gedacht (2). Nicht gemeint sind Klagen verschiedener Rechtsschutzformen. Es empfiehlt sich, diese Klausel auch in die zu schaffende Vorschrift aufzunehmen. Denn das Nebeneinander von Urkundenprozess und gewöhnlichem Prozess ist wohl kaum möglich. Für den Verwaltungsprozess hat diese Klausel weniger Bedeutung. Ausser den Parteistreitigkeiten gibt es dort keine besonderen Prozessarten. Parteistreitigkeiten und Anfechtungssachen werden kaum nebeneinander vorkommen. Trotzdem kann auch hier die im Zivilprozess gebräuchliche Klausel nichts schaden. Daher steht der Aufnahme des Satzes, dass alle zu verbindenden Ansprüche in dieselbe Prozessart gekleidet sein müssen, nichts im Wege.

Die Regelungen der Verwaltungsgerichtsverfahren verlangen einen Zusammenhang der einzelnen geltend gemachten prozessualen Ansprüche. Das zu fordern ist unnötig. Alle Verfahren kennen nämlich wie die Verbindung so auch die Trennung von Amts wegen (§§ 145 ZPO, 94 VGO, 83 FGO und 113 SGG). Aus diesem Grund schon werden wohl nur solche Klagen verbunden, die Aussicht haben, nicht getrennt zu werden.

IV Die zukünftige Regelung kann daher in jeder Beziehung einheitlich formuliert werden. Schwabs Formulierung, die

(1) doch auch im Zivilprozess wird von der herrschenden Lehre in unserem Sinne verfahren, vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 101/2;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 93 II 1 c, 2 c;

§ 16IV

auf den Entwurf der ZPO von 1931 zurückgeht, kann als Gesetzesvorschlag hier praktisch unverändert übernommen werden (1):

Begehrt der Kläger gegen den Beklagten mehrere Entscheidungen, so können die verschiedenen Ansprüche in einer Klage verbunden werden, wenn sie in der gleichen Prozessart geltend gemacht werden und dasselbe Gericht für sie zuständig ist.

Unter Ansprüchen werden hier natürlich prozessuale Ansprüche verstanden.

(1) Schwab, Streitgegenstand, S.194, geändert wurde hier nur "das Prozessgericht" in "dasselbe Gericht", damit wurde dem jetzt bestehenden SGG, der VGO und der FGO gefolgt;

§ 17 Die Klageänderung.

I Wie schon ausgeführt, handelt es sich bei der Klagenhäufung um ein Nebeneinander von Klagen oder Streitgegenständen. Eine Klagenhäufung liegt immer dann vor, wenn zwei nicht identische prozessuale Ansprüche verbunden werden. Das Institut der Klageänderung ist nun dem der Klagenhäufung sehr ähnlich. Eine Klageänderung liegt nämlich immer dann vor, wenn ein Nacheinander von Klagen geltend gemacht wird, sei es, dass die neue Klage an die Stelle der alten tritt, oder sei es, dass die neue Klage nur neben die alte tritt (1). Wie bei der Klagenhäufung kommt es auch hier stets auf die Identität der Streitgegenstände an. Ist der Streitgegenstand mit dem der Zweitklage identisch, mag die Erstklage nun bestehen bleiben oder der Zweitklage weichen, dann liegt keine Klageänderung vor. Sind die Klagen in ihrem Streitgegenstand nicht identisch, dann liegt eine Klageänderung vor, falls sie nacheinander geltend gemacht werden.

Besonders deutlich zeigen sich die engen Berührungspunkte zwischen Klagenhäufung und Klageänderung dann, wenn ein zweiter prozessualer Anspruch zu einem späteren Zeitpunkt mit dem zuerst anhängig gemachten verbunden wird. Bei dieser schon einmal erwähnten Sachlage (2) handelt es sich um eine Klagenhäufung und um eine Klageänderung in Form der Klageerweiterung. Diese Zusammenhänge deuten daraufhin, dass die Vorschrift über die Klageänderung im Wesen der Klagenhäufung entsprechen muss. Nach unserer Auffassung vom Streitgegenstand und nach unserem Vorschlag für die Regelung der Klagenhäufung muss eine Klageänderung dann vorliegen, wenn statt oder neben einer bereits begehrten Entscheidung eine neue begehrt wird. Nur wenn an die Stelle eines bereits rechtshängigen Antrags oder neben einen alten Antrag ein neuer tritt, liegt eine Klageänderung vor. Dass sich

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 100 I; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 99 Anm. 1;

(2) vergl. Seite 117; .

§ 17I

unser Streitgegenstand auch bei der Klageänderung bewährt, wird sich im folgenden an einigen kritischen Stellen zeigen.

Das Problem des Parteiwechsels als Klageänderung soll hier nicht berührt werden, da es mit unserem Streitgegenstandproblem wenig Beziehungen hat. Es sei nur darauf hingewiesen, dass sich Haustein und früher auch Rosenberg mit überzeugenden Gründen gegen die Ansicht gewandt haben, dass der Parteiwechsel sowohl im Zivil- als auch im Verwaltungsprozess eine Klageänderung darstellt. Ihrer Meinung nach wird damit entgegen der herrschenden Lehre der Rahmen der Klageänderung überschritten (1).

II Im Zivilprozess und im Verwaltungsprozess ist man sich einig, dass eine Änderung des Antrages eine Klageänderung zur Folge hat. Wie bei der Klagenhäufung ist auch hier noch nicht endgültig geklärt, wann und ob bei an sich gleichem Antrag aber Änderung des Sachverhalts eine Klageänderung anzunehmen ist. Nach der Überwiegenden Meinung liegt bei der Änderung des Sachverhalts sowohl im Zivilprozess als auch im Verwaltungsprozess in der Regel eine Klageänderung vor (2). Diese Meinung kann aber nicht richtig sein. Für den Fall, dass durch den später geltend gemachten Sachverhalt in Wirklichkeit ein zweiter also anderer prozessualer Anspruch mit lediglich äusserlich dem gleichen Antrag geltend gemacht wird, muss dasselbe wie bei der Klagenhäufung gelten. In diesem Fall ergibt der Sachverhalt nur, dass in Wirklichkeit ein neuer Antrag gestellt wird, obwohl rein äusserlich derselbe Antrag geltend gemacht sein könnte. Entscheidend ist also auch hier allein der Antrag, der Sachverhalt erklärt nur. Es ist nicht so, dass sich nach dem Sachverhalt die Klageänderung bemisst. Dieser eben genannte Fall unterteilt sich in zwei Spielarten:

1. Falls neben den alten bestehen bleibenden

(1) Rosenberg, Lehrbuch, 4.Aufl., § 100 I 3; Haustein, Streitgegenstand, S.220-222; in seiner 6.Aufl.folgt Rosenberg der Meinung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs;

(2) vergl.Schwab, Streitgegenstand, S.117; Eyermann-Fröhler, VGG, § 95 Anm.I; Ule, BVGG, § 26 Anm. III 2;

§ 17II

Sachverhalt ein neuer gestellt wird, ohne dass der bereits bestehende Antrag eine Veränderung erfährt, dann wird in Form einer eventuellen Klagenhäufung ein zweiter Antrag dann geltend gemacht, wenn der zweite Sachverhalt einen neuen Antrag repräsentiert. In diesem Fall will der Kläger nämlich ein Begehren aus einem Vorgang in erster Linie, erst in zweiter Linie will er dasselbe Begehren aus einem ganz anderen Vorgang erfüllt haben, wobei an sich zwei völlig verschiedene prozessuale Ansprüche gegeben sind. Von den lediglich äusserlich gleichen Anträgen wird immer nur einer geltend gemacht. Nebeneinander gestellt würden beide Anträge zwei Entscheidungen zur Folge haben, so dass der Kläger das doppelte bekäme von dem, was er jetzt bekommt. Dieser Fall gleicht dem in § 17 II 2 aufgeführten.

2. Falls der alte Sachverhalt beseitigt wird, gibt es dann eine Klageänderung, wenn der unverändert stehen bleibende Antrag nur scheinbar gleich blieb, in Wirklichkeit aber - wie sich aus dem Sachverhalt ergibt - einen ganz anderen prozessualen Sachverhalt repräsentiert. Wenn der erste Antrag bestehen geblieben wäre, wären jetzt zwei Anträge vorhanden, die sich äusserlich genau gleichen. Bei dieser angenommenen Klagenhäufung würde der Kläger das doppelte von dem erhalten, was er jetzt erhält (1).

Wie schon eingangs erwähnt liegt in beiden Fällen nicht deshalb jeweils eine Klageänderung vor, weil der Sachverhalt verschieden ist. Eine Klageänderung liegt vor, weil in jedem Fall der Antrag oder das Begehren verschieden war. Die Verschiedenheit war dem Antrag freilich äusserlich nicht anzusehen, zur Klarstellung und Unterscheidung der Anträge bedurfte es der Sachverhalte. Der Sachverhalt konkretisiert nur, bildet aber selbst nicht das Unterscheidungsmerkmal.

Das zeigt sich besonders dann, wenn der Sachverhalt einmal keinen Antrag repräsentiert. Dient der

(1) dazu Schwab, Streitgegenstand, S.111; Haustein, Streitgegenstand, S.231 ff.;

§ 17II

Sachverhalt nur dazu, den einmal geltend gemachten Anspruch neben einen anderen Sachverhalt zu stützen, wird also nur ein Begehren geltend gemacht, dann wird endgültig klar, dass der Sachverhalt nicht für Identität von Streitgegenständen massgebend ist. Hier handelt es sich nämlich um keine Klageänderung. Durch das Hinzukommen des zweiten Sachverhalts wird das ursprüngliche Begehren, der alte Antrag, in keinem Fall verändert. Es wird nach wie vor nur die ursprünglich im Klageantrag begehrte Entscheidung verlangt.

Es zeigt sich also, dass bei der Klageänderung wie bei der Klagenhäufung nur der von uns hier entwickelte Streitgegenstand zu vernünftigen Ergebnissen führt. Weitere Beispiele für den Zivil- und Verwaltungsprozess finden sich bei Schwab (1) und Haustein (2). Auf diese wird verwiesen. Eine Klageänderung liegt nur vor, wenn sich das ursprünglich im Klageantrag geltend gemachte auf die Entscheidung gerichtete Begehren ändert, wenn an die Stelle des alten Antrags oder neben ihn ein neuer rückt.

III Auch die sich bei der Anfechtungsklage aus dem Nachschieben von Gründen ergebenden prozessualen Situationen lassen sich nach unserer Auffassung vom Streitgegenstand und der danach ausgerichteten Klageänderung erfassen. Dieses Problem soll deshalb hier erwähnt werden, weil vielleicht angenommen werden könnte, dass der aus der Zivilgerichtsbarkeit entlehnte Streitgegenstandsbe-
griff dieses eigentlich nur für die Verwaltungsgerichtsbarkeit typische Problem kaum lösen können (3).

Bei einer Klage auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der keine Dauerwirkung hat, wird vom Richter geprüft, ob der Verwaltungsakt zum Zeitpunkt seines endgültigen Bestehens gerechtfertigt war.

Auf den Streit, bei welchen einzelnen Klagen

(1) Streitgegenstand, S.105, 109 - 115;

(2) Streitgegenstand, S.223 ff., 230 ff.;

(3) vergl. dazu Haustein, Streitgegenstand, S.235 ff.

§ 17III

nur die bis zum Erlass des Verwaltungsaktes entstandenen Gründe zu berücksichtigen sind, soll hier nicht eingegangen werden. Allgemeine Meinung ist jetzt, dass bei Klagen auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes ohne "Dauerwirkung" nur die bis zum Erlass des Verwaltungsaktes entstandenen Tatsachen zu berücksichtigen sind (1).

Aus diesem Grund wollen wir uns hier an diese Klagen halten. Bei Klagen auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung gibt es im Fall des Nachschiebens von Gründen kaum Unterschiede zum Zivilprozess.

Der besonders zu berücksichtigende Zeitpunkt bei der Klage auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes ohne Dauerwirkung wird in der Regel spätestens das Ende des Vorverfahrens sein. Das gilt als Zeitpunkt des endgültigen Erlasses des Verwaltungsaktes. Das Nachschieben von Gründen bedeutet nun, dass von der beklagten Behörde noch nach Beendigung des Vorverfahrens Gründe vorgebracht werden, die den Verwaltungsakt rechtfertigen. Bei diesem Nachschieben von Gründen gibt es zwei Möglichkeiten. Einmal können Gründe nachgeschoben werden, die sich auf die Zeit vor Beendigung des Vorverfahrens beziehen. In diesem Fall handelt es sich nur um das Nachschieben eines Sachverhalts, der schon vor Erlass des Verwaltungsaktes hätte geltend gemacht werden können. Hier ergibt sich keine Besonderheit. Es handelt sich nach wie vor um den einen Verwaltungsakt. - Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass solche Gründe "nachgeschoben" werden, die erst nach Erlass des angefochteten Verwaltungsaktes (nach Beendigung des Vorverfahrens) entstanden sind. In diesem Fall wird der alte Verwaltungsakt mit einem Sachverhalt gestützt, der bei Erlass des Verwaltungsaktes noch gar nicht bestehen konnte.

Im ersten Fall liegt eine Klageänderung nicht vor. Das ursprüngliche Begehren ist dasselbe geblieben. Der Kläger will den Verwaltungsakt beseitigt wissen, der

(1) vergl. Haueisen NJW 56, 205; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 54 Anm. 2 c bb; Bachof JZ 54, 419;

§ 17III

zu einem bestimmten Zeitpunkt erlassen worden war. Sein Begehren richtet sich nur gegen einen Verwaltungsakt. Die nachgeschobene Begründung des Beklagten hat den angegriffenen Verwaltungsakt nicht verändert. Er ist derselbe geblieben. Deswegen hat sich auch das Begehren des Klägers nicht geändert. - Im zweiten Fall dagegen liegt eine Klageänderung vor. Durch das "Nachschieben" eines Sachverhalts, der zur Begründung des ursprünglichen Verwaltungsaktes nicht dienen konnte, weil er damals noch nicht existierte, wird gewissermassen ein neuer Verwaltungsakt erlassen, der äusserlich dem alten Verwaltungsakt genau gleicht. Den Erlass eines zweiten Verwaltungsaktes muss man aus folgenden Gründen annehmen: Den Erlass eines Verwaltungsaktes kann man sich nur auf Grund eines Sachverhaltes denken, der vor Erlass des Verwaltungsaktes existierte. Eine nach Erlass eines Verwaltungsaktes entstandene Begründung kann deshalb nicht dazu dienen, den bereits erlassenen Verwaltungsakt zu rechtfertigen. Die neue Sachlage kann nur wieder zur Grundlage eines neuen Verwaltungsaktes, mit allerdings demselben Inhalt wie der alte Verwaltungsakt, herangezogen werden. Wird dann die neue Begründung von der Behörde geltend gemacht, dann muss man darin einen neuen Verwaltungsakt erblicken. - Ergibt sich diese Situation in einem Prozess, dann muss sich der Kläger entscheiden, ob er sich auch gegen diesen Verwaltungsakt wenden will. Tut er das, dann liegt eine Klageänderung vor. Der Kläger macht ein neues Begehren geltend. Die alte Klage wird um eine neue erweitert oder durch eine neue ersetzt. Meist wird die alte Klage wohl ersetzt werden, weil sich die alte Klage erledigt haben wird.

Damit ergibt sich, dass zur Beurteilung einer Klageänderung im Fall des Nachschiebens von Gründen allein der Antrag massgebend ist. Nur wenn sich das im Antrag ausgedrückte Begehren verändert, liegt eine Klageänderung vor. Wenn auch hier der Sachverhalt zur Konkretisierung heran-

§ 17III

gezogen werden muss, so wird er doch nicht zum Unterscheidungsmerkmal. Wäre der Sachverhalt Unterscheidungsmerkmal, dann läge in beiden Fällen Klageänderung vor. Das aber ist doch nicht der Fall. - Damit zeigt sich wieder einmal, dass sich unser vom Antrag her bestimmter Streitgegenstand bewährt.

- IV Für die künftige Regelung der Klageänderung kommt es also darauf an, dass klar gesagt wird, wann eine Klageänderung vorliegt. Sie liegt dann vor, wenn an die Stelle oder neben die bereits begehrte Entscheidung ein neues auf eine Entscheidung gerichtetes Begehren tritt.

Dieser Forderung entspricht keine der bisher in den Verfahrensordnungen aufgeführten Bestimmungen zur Klageänderung. Weder die ZPO (§§ 264, 268) noch die VGO (§ 92), noch das SGG (§ 99, 112 Abs. 3) sagen positiv, wenn eine Klageänderung vorliegt. In der FGO ist die Klageänderung nicht einmal erwähnt. Auf Grund der in der FGO herrschenden Dispositionsmaxime darf die Klageänderung nicht ausgeschlossen werden. Danach besteht für alle hier in Frage stehenden Verfahren das Bedürfnis für eine Regelung, die positiv sagt, was unter einer Klageänderung zu verstehen ist. Diese Vorschrift kann einheitlich eingeführt werden.

- V Um den Beklagten und das Gericht vor plötzlichen Klageänderungen zu schützen, kann die Klageänderung nicht für unbeschränkt zulässig erklärt werden. Andererseits darf der Kläger wegen der Klageänderung nicht völlig in die Hand des Beklagten oder des Gerichts gegeben werden. Diesen beiden Tatsachen muss bei der Regelung der Klageänderung noch Rechnung getragen werden.

Nr. 2 und 3 des § 268 ZPO bringen die unbeschränkt zulässige Klageänderung, gegen die das Gericht oder der Beklagte nicht einschreiten können. Schwab hat

§ 17V

festgestellt, dass die eigentlich zu Klageänderungen führenden Anträge dieser beiden Ziffern in der Regel aus dem gleichen tatsächlichen Vorgang wie der schon geltend gemachte Antrag folgen (1). Er hat deshalb vorgeschlagen, alle die Klageänderungen für zulässig zu erklären, die sich auf den gleichen tatsächlichen Vorgang stützen, alle übrigen Klageänderungen aber von der Einwilligung des Beklagten oder der Sachdienlicherklärung des Gerichts abhängig zu machen. Das erscheint deshalb eine brauchbare Lösung, weil bei Zulassung aller der Klageänderungen, die sich auf denselben tatsächlichen Vorgang stützen, nur und gerade alle die Fälle erfasst werden, die einmal mit der ursprünglich geltend gemachten Sache in engster Verbindung stehen und zum andern bei Unzulässigkeitserklärung durch das Gericht den Richter später noch einmal beschäftigen würden. Es empfiehlt sich deshalb, auch die Zulässigkeit der Klageänderung nach Schwabs Vorschlag zu regeln. Es bestehen keine Bedenken, die derartig geregelte Zulässigkeit auch auf die Verwaltungsgerichtsverfahren zu übertragen.

Schwabs Vorschlag (2), dem wir uns hier wörtlich anschliessen, kann deshalb in alle hier zu untersuchende Verfahren einheitlich eingeführt werden:

Begehrt der Kläger nach Eintritt der Rechtshängigkeit statt oder neben der bereits begehrten Entscheidung eine neue, so liegt eine Klageänderung vor.

Stützt der Kläger den neuen Anspruch auf denselben tatsächlichen Vorgang, so ist die Klageänderung stets zulässig. Andernfalls ist sie nur dann zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erklärt.

(1) Schwab, Streitgegenstand, S.196/7;

(2) Schwab, Streitgegenstand, S.196;

§ 18 Die rechtshängigkeit.

I Wie bei den beiden vorher behandelten Instituten kommt es auch für die Einrede der Rechtshängigkeit auf die Identität des Streitgegenstandes an. Wird eine Zweitklage mit demselben Streitgegenstand wie die Erstklage anhängig gemacht, dann muss die Zweitklage von Amts wegen wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden (1). Es soll damit doppelte Arbeit erspart aber auch verhindert werden, dass in derselben Sache sich widersprechende Entscheidungen ergeben. Die Abweisung der Zweitklage ist deswegen an sich unschädlich, weil die Partei die abgewiesene Klage ebenso gut noch in der Erstklage wird anbringen können. Die enge Verbindung zu Klagenhäufung und Klageänderung zeigt sich darin, dass bei Nichtidentität zwar die Wirkung der Einrede der Rechtshängigkeit unbeachtlich ist, dafür aber eine Klagenhäufung und eine Klageänderung vorliegen muss, denn es werden ja in diesem Fall zwei verschiedene Streitgegenstände angenommen.

Nach unserer Auffassung vom Streitgegenstand muss die Zweitklage dann wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden, wenn sie dasselbe Begehren zum Ziel hat wie die bereits anhängige Klage. An einigen entscheidenden Beispielen wird sich wie bei der Klagenhäufung und der Klageänderung auch hier zeigen, dass allein der Antrag für die Einrede der Rechtshängigkeit massgebend ist.

II Im Zivil- und Verwaltungsprozess besteht Einigkeit darüber, dass bei verschiedenen Anträgen keine Identität der Klagen vorliegt und deshalb die Zweitklage auch nicht wegen der Rechtshängigkeit der Erstklage abgewiesen werden kann. Wie bei der Klagenhäufung und der Klageänderung bestehen nur dann Zweifel, wenn der Antrag der Zweitklage genauso lautet wie der der Erstklage, aber der zugrundeliegende Sachverhalt von dem der Erstklage verschieden ist. Die

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 98 I, II; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 94 Anm. 2, 3;

§ 18II

überwiegende Meinung lässt bei blosser Änderung des Sachverhalts die Zweitklage bestehen, die Zweitklage wird nicht wegen Unzulässigkeit abgewiesen (1). Gegen diese Ansicht bestehen im Grunde dieselben Bedenken wie gegen die Meinung, die bei Klagenhäufung und Klageänderung auf den Sachverhalt abstellen will. Es wird sich zeigen, dass auch bei den Fällen, wo der Sachverhalt zu entscheiden scheint, in Wirklichkeit der Antrag entscheidet.

1. Wird neben einer bereits anhängigen Klage eine zweite mit demselben Antrag geltend gemacht und folgt aus dem Sachverhalt, dass die Zweitklage mit der Erstklage nichts zu tun hat, dann darf wegen Rechtshängigkeit nicht abgewiesen werden. Es bestehen zwei unabhängige Begehren nebeneinander. Die Anträge sind nicht identisch, obwohl sie sich äusserlich gleichen. Gewissheit über die Nichtidentität der Anträge verschafft freilich erst der Sachverhalt. Wie bei der Klagenhäufung und der Klageänderung bildet er aber nicht selbst das Unterscheidungsmerkmal. Er hilft nur, die Anträge zu unterscheiden. Die Einrede der Rechtshängigkeit greift nur deswegen nicht durch, weil die Begehren verschieden sind. Weil die Anträge verschieden sind, kann es zu einer Klagenhäufung kommen, so dass jetzt das Doppelte von dem erreicht wird, was anfangs begehrt wurde.

2. Dass sich die Einrede der Rechtshängigkeit nicht nach der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte richtet, zeigt das Beispiel, bei dem mit der Zweitklage die gleiche Entscheidung wie in der Erstklage begehrt wird, aber die Begründung eine andere ist. Hier muss die Zweitklage wegen Rechtshängigkeit abgewiesen werden. Die Zweitklage ist auf das Begehren gerichtet, das schon mit der anhängigen Klage verfolgt wird. Es kann nie zu einer Klagenhäufung kommen, da nicht zwei verschiedene Begehren vorliegen, so dass der Kläger das Doppelte von dem erhielte, was er mit der Erstklage erstrebte. Die "Zweitklage"

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 269; Baumbach-Lauterbach, § 263 Anm. 3 B; Stein-Jonas-Schönke, § 263 Anm. II 3 b; dieser Meinung müssen auch Eyermann-Fröhler sein, da sie auch bei der Klageänderung auf Grund der blossen Änderung des Sachverhalts Klageänderung annehmen (§ 95 Anm. I);

§ 18II

geht dergestalt in der Erstklage auf, dass diese jetzt zusätzlich noch mit einem Sachverhalt als Begründung versehen ist. Wäre der Sachverhalt entscheidend, dann dürfte hier wegen Rechtshängigkeit nicht abgewiesen werden. Bei näherem Zusehen wird aber deutlich, dass abgewiesen werden muss, da sonst die Gefahr bestünde, dass über eine Sache zwei Entscheidungen ergingen. Es zeigt sich, dass man nur durch den Vergleich der Anträge zu dem richtigen Ergebnis gelangt.

Es bleibt noch zu erwähnen, dass nicht nur einem auf die gleiche Entscheidung gerichteten Begehren die Rechtshängigkeit der Erstklage entgegensteht. Auch ein auf das kontradiktorische Gegenteil gerichtetes Begehren wird durch die Erstklage ausgeschlossen. - Auch bei der Einrede der Rechtshängigkeit zeigt sich, dass sich unser Streitgegenstand bewährt. Eine Klage muss dann wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden, wenn bereits eine Klage mit einem auf dasselbe Ziel gerichteten Begehren anhängig ist. Entscheidend ist die Identität der Anträge.

Wegen weiterer Beispiele hierzu wird für den Zivilprozess auf Schwab und für den Verwaltungsprozess auf Haustein verwiesen (1).

III Erwähnt sei noch das Verhältnis Feststellungsklage - Leistungsklage. Vorausgesetzt wird, dass der zugrundeliegende Sachverhalt der gleiche ist und die Rechtsbehauptungen übereinstimmen. Es ist wohl jetzt einheitliche Meinung, dass die positive oder negative Feststellungsklage nicht die Erhebung der Leistungsklage hindert, umgekehrt aber die Leistungsklage die Feststellungsklage ausschliesst. Das Zu- oder Aberkennen des prozessualen Leistungsanspruches enthält nämlich stets die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Leistungsanspruches. Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Leistungspflicht vermag aber noch keinen Titel auf Leistung zu geben (2). Diese allgemeingültige Lehre gilt auch für

(1) Schwab, Streitgegenstand, S.123 ff.; Haustein, Streitgegenstand, S.247 ff.;

(2) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.130 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, § 98 II 3; a.A. Neumann-Duesberg, NJW 55, 1214; gegen Neumann-Duesberg Karl E. Meyer NJW 55, 1702;

§ 18III

den Verwaltungsprozess, soweit hier ähnliche Klagen gegeben sind.

Der Unterschied zwischen einer Klagart und einer anderen hat bei sonst gleicher Rechtsbehauptung stets auch einen Unterschied des Begehrens zur Folge. Es besteht also äusserlich nie Gleichheit. Um aber über die Wirkungen der Rechtshängigkeit entscheiden zu können, muss hier noch überlegt werden, ob nicht die eine Klage in der anderen mit enthalten ist. Es kann vorkommen, dass ein Streitgegenstand den anderen umschliesst. Bei vorangegangenen der Klage mit dem umfassenden Streitgegenstand muss die Klage mit dem "umfassten" Streitgegenstand abgewiesen werden. Im umgekehrten Fall kann natürlich die Zweitklage nicht abgewiesen werden.

IV Die Regelungen der Einrede der Rechtshängigkeit, § 263 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, § 91 Abs. 2 VGO, § 94 Abs. 2 SGG, genügen alle nicht unseren Anforderungen. Keine Vorschrift sagt, dass auf das Begehren, den Antrag, abgestellt werden muss. Die FGO kennt eine derartige Regelung überhaupt nicht. Es bestehen keine Bedenken, auch in die FGO eine Vorschrift über die Einrede der Rechtshängigkeit einzuführen. - Die künftige Vorschrift sollte - wie es schon § 91 Abs. 2 VGO und § 94 Abs. 2 SGG tun - deutlich machen, dass die Einrede der Rechtshängigkeit von Amts wegen zu beachten ist. Obwohl das in der ZPO nicht zum Ausdruck kommt, ist es doch allgemein anerkannt, dass das Fehlen der Rechtshängigkeit der gleichen Klage eine Prozessvorsetzung ist.

Alle hier in Frage kommenden Verfahrensordnungen bedürfen danach für die Wirkung der Rechtshängigkeit einer neuen Regelung, einer Regelung, die deutlich sagt, wann wegen Rechtshängigkeit abgewiesen werden muss. Diese Vorschrift kann einheitlich eingeführt werden.

§ 18IV

V Als eine für alle Verfahren geeignete Formulierung kann der Vorschlag Schwabs übernommen werden (1):

Während der Rechtshängigkeit eines Anspruchs ist die Erhebung eines auf dieselbe Entscheidung oder ihr Gegenteil gerichteten Anspruchs unzulässig.

(1) Schwab, Streitgegenstand, S.198;

§ 19 Die Wirkungen der Rechtskraft.

I Ziel eines jeden Prozesses ist es, eine für beide Seiten bindende endgültige Entscheidung herbeizuführen. Dieses Ziel wird durch das Institut der Rechtskraft erreicht. Durch die formelle und die materielle Rechtskraft werden die zwei Möglichkeiten, die eine endgültige Bindung des Urteils aufheben könnten, ausgeschaltet (1).

1. Die formelle Rechtskraft verhindert, dass die einmal getroffene Entscheidung durch Rechtsmittel angefochten und damit erneut entschieden wird.

2. Die materielle Rechtskraft verhindert die Erhebung einer auf dasselbe Begehren wie die bereits abgeurteilte Klage gerichteten Zweitklage.

Durch diese beiden Äusserungen der Rechtskraft wird sowohl der Gewinner wie der Verlierer daran gehindert, die bereits abgehandelte Sache noch einmal vor Gericht zu bringen. Praktisch richten sich natürlich die formelle und die materielle Rechtskraft gegen den Verlierer, der ja das grösste Interesse hat, die alte Entscheidung für eine ihm günstigere aus den Angeln zu heben. Es muss aber auch verhindert werden, dass sich der Gewinner zwei Titel besorgt.

Von Bedeutung für uns ist allein die materielle Rechtskraft, da allein dabei der Streitgegenstand eine Rolle spielt. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft beruht zunächst darauf, dass die Entscheidung über den Streitgegenstand zwischen den Parteien als endgültig hingestellt wird. Eine Klage darf nur dann erhoben werden, wenn über den Streitgegenstand dieser Klage nicht schon einmal entschieden worden ist. Es kommt also wie bei der Klagenhäufung, der Klageänderung und der Rechtshängigkeit erst einmal auf die Identität der Streitgegenstände an. Nach dem bisherigen Ergebnis heisst das grob gesprochen: Die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts ergeht über

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 148 I 2; Haustein, Streitgegenstand, S. 262, der sich auf Rosenberg bezieht;

§ 19I

den im Antrag geltend gemachten Streitgegenstand (1). Eine Klage mit demselben Streitgegenstand darf nicht noch einmal erhoben werden.

Es zeigt sich aber, dass mit dieser These allein nicht zufriedenstellend gearbeitet werden kann. Es muss nämlich noch bedacht werden, dass bei der Prüfung danach, ob der Erhebung einer Klage nicht die Rechtskraft einer anderen entgegensteht, diese andere Klage nicht mehr rechtshängig ist: Wurde wegen Identität der neuen Klage mit einer noch rechtshängigen die Klagenhäufung und die Klageänderung verneint und die neue Klage wegen Rechtshängigkeit abgewiesen, dann konnte der Inhalt dieser neuen Klage gleichwohl in der noch anhängigen Klage geltend gemacht werden. Ist aber die ältere Klage mit dem gleichen Streitgegenstand wie die neue Klage schon rechtskräftig, dann kann der Inhalt dieser neuen Klage, die wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden müsste, nicht mehr in der älteren mit aufgenommen werden. Dieser Inhalt wäre verloren. Er kann nicht mehr verwendet werden, um den prozessualen Anspruch in der Erstklage zu stützen. - Das kann zu Unzuträglichkeiten führen. Nehmen wir an, ein Kläger habe seine Erstklage verloren, weil seine Sachdarstellung zur Begründung seines Antrages nicht ausreichte. Nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist, kommt ihm ein neuer Sachverhalt zu Ohren, der seine Klage zum Erfolg geführt hätte. Soll ihm in diesem Fall eine Zweitklage verwehrt werden, obwohl er den neuen Sachverhalt vielleicht niemals zur Zeit der Erstklage hätte geltend machen können? Die Frage enthält schon die Antwort. Es ist nur billig und gerecht, wenn dem Kläger in manchen Fällen die Erhebung einer Zweitklage zugestanden wird, obwohl er damit ein Begehren geltend macht, das schon einmal Gegenstand eines Verfahrens war. Es kann also nicht einfach auf Grund der Identität der Streitgegenstände eine Zweitklage wegen der Rechtskraft der Erstklage abgewiesen

(1) das ist einhellige Meinung, vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 139; Peters-Saueter-Wolff, SGG, § 141 Anm. 3 b bb;

§ 19I

werden. Es muss noch berücksichtigt werden, ob nicht auf Grund der Tatsache, dass der neue Sachverhalt nicht mehr anderweit vorgebracht werden kann, die Zweitklage doch zuzulassen ist. Insoweit muss über die blosse Frage nach der Identität der Streitgegenstände hinausgegangen werden. Darin besteht der Unterschied zur Klagenhäufung, zur Klageänderung und zur Einrede der Rechtshängigkeit.

Inwieweit können und sollen nun aber noch Tatsachen in einer Zweitklage, die dasselbe Begehren wie eine schon einmal abgehandelte Klage zum Ziel hat, vorgebracht werden?

1. Sollen und können die zur Zeit der Erstklage bekannten aber nicht vorgebrachten Tatsachen in der Zweitklage ausgeschlossen sein?

2. Sollen und können die zur Zeit der Erstklage existenten dem Kläger aber nicht bekannten Tatsachen in der Zweitklage ausgeschlossen sein?

3. Oder sollen und können die erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung der Erstklage entstandenen Tatsachen auch in der Zweitklage ausgeschlossen sein?

Dass sich die Rechtskraft nicht auf die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung der Erstklage noch nicht existenten Tatsachen beziehen kann, ist an sich klar. Andernfalls wäre jede Zweitklage, die dasselbe Begehren wie die Erstklage zum Ziel hat, ausgeschlossen. Das Gericht kann nicht über Tatsachen entscheiden, die überhaupt noch nicht bestehen. Die Rechtskraft kann sich aber auch nicht auf Tatsachen erstrecken, die zwar zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung existierten, dem Kläger aber nicht bekannt waren. Das Gericht kann sich nur auf Tatsachen stützen, die ihm unterbreitet wurden. Danach kann sich die Rechtskraft nur so weit erstrecken, als die Entscheidung auf den dem Gericht bekannten Tatsachen beruht. Da der Prozesstoff dem Gericht nicht bekannt war, kann

§ 19I

sich darauf nicht die Rechtskraft erstrecken. Ausserdem wäre es unbillig, den Kläger mit solchen Tatsachen auszuschliessen, die er nie hätte vorbringen können, weil sie ihm einfach nicht bekannt waren. Der eben angewandte Satz, dass die Entscheidung des Gerichts nur aus dem ihm bekannten Prozessstoff erwächst (1), verbietet auch im Fall 1 den Ausschluss der nicht vorgetragenen aber doch dem Kläger bekannten Tatsachen. Da die Entscheidung des Gerichts nicht auf diesen Tatsachen beruht, können sie auch nicht bei einer Zweitklage durch die Rechtskraft ausgeschlossen sein. Eine andere Frage ist es, ob diese Tatsachen nicht durch eine rechtskraftfremde Präklusion im Interesse der Eventualmaxime ausgeschlossen werden können (2). Damit soll der Kläger gezwungen werden, das vorzubringen, was er weiss. Aus Gründen der Konzentration wäre eine solche Vorschrift wirklich wünschenswert (3). Die Rechtskraft könnte durch eine an sich rechtskraftfremde Präklusionswirkung ausgedehnt werden. Wie sich weiter unten (4) zeigen wird, ist die Einführung einer solchen Ausdehnung der Rechtskraft im Interesse der allgemeinen Vereinheitlichung nicht möglich, man kann ruhig sagen, leider nicht möglich. Damit können von einem Zweitprozess nur solche Tatsachen ausgeschlossen werden, die in einem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren schon einmal vorgebracht wurden. Ausgeschlossen sind selbstverständlich auch solche Tatsachen, "die eine abweichende Feststellung des Prozessstoffes der rechtskräftigen Entscheidung zum Ziel haben" (5). Die einmal benutzten Tatsachen dürfen nicht wieder umgestossen werden, andernfalls käme die Sache nie zur Ruhe.

Kurz zusammengefasst ergibt sich danach folgendes:

1. Rechtskräftig wird der Streitgegenstand der erhobenen Klage,

2. aber nur insoweit, als über ihn auf Grund der Tatsachen, die vorgebracht wurden, entschieden wurde. Daraus folgt, dass eine Klage mit einem Streitgegenstand, über den schon einmal rechtskräftig entschieden worden war, dann wieder erhoben werden kann, wenn der darin angegebene

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.154, 162;

(2) auch Schwab, Streitgegenstand, S.154, rechnet diese Frage als zum Problem d.rechtskraftfremden Präklusion gehörig;

(3) so auch Schwab, Streitgegenstand, S.167, für d.Zivilprozess;

§ 19I

Sachverhalt der Erstklage noch nicht zugrunde lag und damit auch nicht der Sachverhalt der Erstklage umgestossen werden soll. - Setzen wir in diesen Satz den von uns hier für allgemein gültig erkannten Streitgegenstand, dann heisst das: Mit einer Klage kann ein schon einmal erhobenes Begehren dann wieder erhoben werden, wenn der darin angegebene Sachverhalt der Erstklage noch nicht zugrunde lag und damit auch nicht der Sachverhalt der Erstklage umgestossen werden soll. Im folgenden werden wir sehen, ob sich die in dieser Form von uns definierte Wirkung der Rechtskraft auch bewährt.

II Im Zivilprozess ist es allgemeine Meinung, dass der prozessuale Anspruch - manifestiert im juristischen Obersatz (Tenor) - soweit in Rechtskraft erwächst, als über ihn entschieden ist. Den unterschiedlichen Auffassungen über den Streitgegenstand begegnen wir auch hier. Da der Umfang der Rechtskraft zu einem Teil von dem Streitgegenstand bestimmt wird, ergeben sich von dieser Richtung aus Unterschiede über den Umfang der Rechtskraft. Unterschiedliche Auffassungen über den Umfang der Rechtskraft ergeben sich aber auch durch die unterschiedlichen Auffassungen von dem Ausschluss von Tatsachen.

Keinem Zweifel begegnen die Klagen, die sich in ihren Anträgen von bereits rechtskräftigen auch äusserlich unterscheiden. Derartige Klagen sind stets zulässig. Schwierigkeiten treten nur dann auf, wenn das Begehren der Zweitklage schon einmal geltend gemacht wurde.

Erging die Entscheidung des Gerichts nur über einen Teil des Anspruchs - mag nur ein Teil anhängig gemacht worden sein (Vollendurteil) oder mag das Gericht nur über einen Teil des Anspruchs entschieden haben (Teilurteil) - dann erwächst nur der Teil, über den entschieden wurde, in Rechtskraft. Das ist einhellige Meinung (1).

Als unzutreffend erweist sich die Auslegung der

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 147/8;

noch Fussnoten von Seite 139:

(4) vergl. Seite 146, 150 ff.;

(5) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 198;

§ 19II

Autoren, die den Streitgegenstand materiell auffassen (1). Vergisst das Gericht bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter den Antrag die Prüfung eines materiellen Anspruchs, der zum Erfolg geführt hätte, und weist das Gericht die Klage ab, dann kann der Kläger nach dieser Lehre die Klage unter dem unberücksichtigt geblieben rechtlichen Gesichtspunkt weiterbetreiben. Lent lässt sogar eine neue Klage unter dem unberücksichtigt gebliebenen Punkt zu (2). - Diese Ansichten können jedoch nicht richtig sein. Hier könnte der Fall eintreten, der gerade verhindert werden soll: Es können nacheinander zwei Klagen verhandelt werden, die den völlig gleichen Antrag und den völlig gleichen Sachverhalt enthalten. Folgt man der prozessualen Streitgegenstandstheorie dann wird eine solche Möglichkeit ausgeschaltet. In diesem Fall wird über den prozessualen Anspruch entschieden. Es ist Sache des Richters, alle rechtlichen Möglichkeiten heranzuziehen, nicht Sache der Partei. Bleibt jetzt ein materiell-rechtlicher Anspruch unberücksichtigt, dann wurde trotzdem über den Streitgegenstand, nämlich über das prozessuale Begehren, voll entschieden. Die Zweitklage wäre ausgeschlossen, weil derselbe Streitgegenstand noch einmal anhängig gemacht werden würde. Der Kläger kann sein Recht nur im Rechtsmittelverfahren nicht aber in einer neuen Klage suchen. Die Rechtsmittelverfahren zeigen übrigens deutlich, dass über den prozessualen Anspruch entschieden wird und nicht über den materiellen. In den Rechtsmittelverfahren wird über alle Punkte des in der ersten Instanz anhängig gemachten Anspruchs verhandelt. Dabei werden unter Umständen auch materielle Ansprüche herangezogen, die in der ersten Instanz noch nicht geprüft worden waren. Sie können nur deswegen herangezogen werden, weil über den prozessualen Anspruch entschieden wird. Würde nur über den materiellen Anspruch verhandelt, dann dürften neue materielle Ansprüche vom Gericht in den Rechts-

(1) vergl.dazu Schwab, Streitgegenstand, S.150 ff.; Habscheid, Streitgegenstand, S.117 ff. und S.287 ff.;

(2) ZZP 65, 346;

§ 19II

mittelinstanzen zur Stützung des Anspruchs nicht herangezogen werden.

Bei den Autoren, die unter Streitgegenstand Sachverhalt und Antrag verstehen, kann natürlich dann eine Zweitklage anhängig gemacht werden, wenn ein in der Erstklage vorgetragener Sachverhalt dort nicht berücksichtigt worden ist. Die Zweitklage mit dem gleichen Antrag aber einem in der Erstklage nicht berücksichtigten Sachverhalt enthält nämlich nach dieser Auffassung einen neuen Streitgegenstand. Ähnlich konstruiert Habscheid. Nach seiner Meinung müsste ein im Erstprozess übersehener Lebenssachverhalt unter dem gleichen Antrag in einer Zweitklage erhoben werden können. Habscheid sagt das zwar nicht wörtlich, aber er drückt es mittelbar doch deutlich aus. Wenn er die Rechtskraft nicht auf Tatsachen erstreckt, die zwar als zu einem Lebenssachverhalt gehörig in der Erstklage vorgetragen aber vom Richter nicht berücksichtigt wurden (1), und wenn er durch Präklusion nur solche Tatsachen ausschliesst, die zu einem bereits abgeurteilten Streitgegenstand gehören (2), dann muss notwendig ein übersehener Lebenssachverhalt in einer Zweitklage mit demselben Antrag wieder aufgeführt werden können. Der Lebenssachverhalt wird ebenso wenig wie andere übersehene Tatsachen von der Rechtskraft erfasst. Er wird auch nicht durch Präklusion von der Zweitklage ausgeschlossen, da der übersehene Lebenssachverhalt nicht zu dem bereits abgeurteilten Streitgegenstand gehört; er stellt mit dem Antrag zusammen einen neuen Streitgegenstand dar. - Diese Auffassungen können für die Wirkungen der Rechtskraft genauso wenig gebilligt werden wie die, die den Streitgegenstand nach dem materiellen Anspruch ausrichten. Auch hier kann nämlich das geschehen, was durch das Institut der Rechtskraft verhindert werden soll: Eine Sache kann - im Antrag und Sachverhalt übereinstimmend - zweimal vor Gericht kommen. Wenn der übersehene

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 289;

(2) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 296 letzter Absatz und S. 297 oben;

§ 19II

Sachverhalt oder Lebenssachverhalt noch einmal in einer Klage anhängig gemacht wird, gleicht diese im Antrag und im Sachverhalt der, über die schon rechtskräftig entschieden ist. Das kann nicht richtig sein. Bei der Anwendung unseres allein vom Antrag her bestimmten Streitgegenstandes wird eine solche Zweitklage vermieden. In der ersten Klage ist nach unserer Auffassung über das im Klageantrag bezeichnete auf die Entscheidung gerichtete Begehren entschieden worden. Streitgegenstand war der Antrag. Wird nun eine Klage mit demselben Begehren noch einmal anhängig gemacht, dann liegt Streitgegenstandsidentität vor. Wegen der Wirkung der Rechtskraft muss die Zweitklage abgewiesen werden. Die Zweitklage kann trotz Streitgegenstandsidentität auch nicht etwa deswegen erhoben werden, weil sich die Rechtskraft nicht auf übersehene Tatsachen erstreckte. Die Rechtskraft wird durch nicht gewürdigte Tatsachen genauso wenig eingeschränkt wie durch nicht gewürdigte rechtliche Gesichtspunkte (1). In beiden Fällen wird der Streitgegenstand voll erledigt. Der Kläger kann die unrichtige Entscheidung nur durch Einlegung von Rechtsmitteln korrigieren. In einer neuen Klage kann der Kläger in diesem Fall sein Recht nicht suchen. Immer nämlich "erwächst die Entscheidung des Gerichts aus dem ihm bekannten Prozessstoff" (2).

Es zeigt sich somit, dass bei der Wirkung der Rechtskraft im Zivilprozess nur der von uns als allgemeingültig erkannte Streitgegenstand zufriedenstellend arbeitet. Zugleich ergab sich, dass der Streitgegenstand aus dem dem Gericht vorgetragenen Prozessstoff in Rechtskraft erwächst.

III Wir haben eben bei der Untersuchung über den anzuwendenden Streitgegenstand zusätzlich festgestellt, dass die Entscheidung des Gerichts aus dem ihm bekannten Prozessstoff erwächst. Damit ist zugleich gesagt, dass der dem

(1) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S.153/4;

(2) Schwab, Streitgegenstand, S.154;

§ 19III

Gericht nicht vorgetragene Sachverhalt in einer Zweitklage zusammen mit dem schon im Erstprozess gestellten Antrag aufgeführt werden kann. Trotz Streitgegenstandsidentität kann damit eine Zweitklage erhoben werden. In Rechtskraft erwächst nicht der objektive (1) Streitgegenstand. In Rechtskraft erwächst der Streitgegenstand nur insoweit als über ihn entschieden ist. Um zu einer Entscheidung zu kommen, muss hier nicht nur wie bei Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit objektiv die Identität der Streitgegenstände geprüft werden. Zusätzlich geprüft werden muss noch, ob nicht trotz Streitgegenstandsidentität eine Zweitklage deswegen zulässig sein muss, weil die Rechtskrafterstreckung in ihrem Umfang kleiner ist als der Umfang des objektiven Streitgegenstandes.

Wir haben festgestellt, dass die Entscheidung des Gerichts aus dem ihm bekannten Prozessstoff erwächst. Damit wird Habscheids Meinung, dass die Entscheidung nur insoweit in Rechtskraft erwachse, als der vorgetragene Prozessstoff gewürdigt sei (2), abgelehnt. Es ist nicht einzusehen, warum bei Übersehen eines materiell-rechtlichen Gesichtspunktes die Rechtskraft nicht eingeschränkt sein soll, bei Übersehen eines tatsächlichen Gesichtspunktes aber eingeschränkt sein soll. Mit Schwab (3) und Habscheid (4) wird aber auch die Lehre abgelehnt (5), die alle bis zur letzten mündlichen Verhandlung existenten Tatsachen als von der Rechtskraft betroffen ansieht, mögen diese Tatsachen vorgetragen worden sein oder nicht. Es ist nicht verständlich, wie die Entscheidung aus dem Prozessstoff erwachsen kann, der dem Gericht nicht vorgetragen worden war. Durch die Rechtskraft können von einer Zweitklage nur die Tatsachen ausgeschlossen sein, die unter demselben Antrag schon einmal in einer bereits rechtskräftig abgeschlossenen Klage vorgebracht worden waren.

Es fragt sich nun, ob es nicht durch rechts-

(1) das Wort "objektiv" gebraucht Habscheid, Streitgegenstand, S.289, er bezieht es aber auf seinen durch den Lebenssachverhalt begrenzten Streitgegenstand;

(2) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S.289;

(3) Streitgegenstand, S.161/2;

(4) Streitgegenstand, S.289/290;

(5) Nachweise zu dieser Lehre bei Habscheid, Streitgegenstand, S.289 Fussnote 27 und S.286 Fussnote 15;

§ 19III

kraftfremde Präklusion einen Ausschluss solcher Tatsachen gibt, die durch die Rechtskraftwirkung vom Vorbringen in einer mit dem gleichen Antrag versehenen Zweitklage ausgeschlossen sind. Nach Habscheid sind auf Grund des Prinzips "der endgültigen Rechtsfeststellung" und der Verhandlungsmaxime durch rechtskraftfremde Präklusion alle die Tatsachen von einer mit dem gleichen Antrag versehenen Zweitklage ausgeschlossen, die objektiv zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Erstklage vorhanden waren und nicht schon durch die Rechtskraft ausgeschlossen sind (1). Habscheid meint, es müsste verhindert werden, dass ein Rechtsstreit durch Vorbringen neuer Tatsachen immer wieder aufflackere. Ein findiger Kläger könne andernfalls den Streit verewigen. Dieser Meinung als Wunsch kann nur beige pflichtet werden. Der tatsächliche Ausschluss der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung objektiv vorhandenen Tatsachen kann aber nicht einfach dadurch gerechtfertigt werden, dass aus dem im Zivilprozess vorherrschenden Verhandlungsprinzip dem Kläger die "Pflicht gegen sich selbst" erwachse, alle objektiv vorhandenen für ihn günstigen Tatsachen vorzubringen (2). Ein derartiger Ausschluss von Tatsachen kann aus dem blossen Vorhandensein der Verhandlungsmaxime wohl kaum herausgelesen werden. Ein derartiger Ausschluss müsste zu seiner allgemeinen Gültigkeit entweder durch eine positive Vorschrift geboten sein oder aber aus anderen Regelungen unzweideutig hervorgehen. Eine positive Vorschrift besteht bislang nicht. Wie Schwab überzeugend nachgewiesen hat (3), kann auch aus den §§ 767 Abs. 2 und 323 Abs. 2 ZPO wegen der §§ 767 Abs. 3, 616 ZPO und 17 MSchG bisher de lege lata ein Ausschluss der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung der Erstklage bestehenden Tatsachen nicht angenommen werden. Es kann deshalb nur geprüft werden, ob eine solche Tatsachen ausschliessende Vorschrift in Zukunft eingeführt werden

(1) vergl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 291/2;

(2) Habscheid, Streitgegenstand, S. 292;

(3) Streitgegenstand, S. 162-167;

§ 19III

kann. Zur Konzentration des Verfahrens wäre eine solche vorschritt wünschenswert. Der Vereinheitlichung wegen muss darauf verzichtet werden. Im Verwaltungsprozess verbietet nämlich die Inquisitionsmaxime einen Ausschluss von Tatsachen, die zur Zeit der Erstklage schon entstanden waren aber nicht vorgebracht wurden. Würde man sie ausschliessen, dann würde man die Nachlässigkeit des Gerichts, - das muss ja die Tatsachen hier beibringen - den Bürger entgelten lassen. Dieser käme gewissermassen ohne eigene Schuld um sein Recht zur nochmaligen Klageerhebung (1).

Es findet sich somit bestätigt, dass trotz Identität der Streitgegenstände eine Zweitklage dann erhoben werden kann, wenn sie mit einem Sachverhalt gestützt wird, der in der Erstklage noch nicht vorgetragen war. Einen weitergehenden Ausschluss gibt es nicht im Zivilprozess.

Mit der Feststellung, dass unser Zivilprozess eine allgemeingültige rechtskraftfremde Ausschlusswirkung nicht kennt und diese auch kaum eingeführt werden kann, wird unsere am Ende des vorigen Abschnitts aufgestellte Behauptung (2) nicht umgeworfen. Es wird die Behauptung nicht umgeworfen, dass in der Zweitklage ein die Tatsachen der Erstklage umstossender Sachverhalt ausgeschlossen ist. Der Satz, dass in der Zweitklage ein die Tatsachen der Erstklage umstossender Sachverhalt ausgeschlossen ist, folgt nämlich nicht aus einer rechtskraftfremden Präklusionswirkung, sondern aus der Wirkung der Rechtskraft (3). Mit der Rechtskraft eines Urteils ergibt sich für die Parteien die Bindung an die rechtliche Auffassung des Gerichts. Die Parteien können dieselbe Klage nicht noch einmal mit der Begründung anhängig machen, dem Ersturteil habe eine falsche rechtliche Beurteilung zugrunde gelegen. Daran gibt es keine Zweifel. Genauso aber gibt es mit der Rechtskraft eines Urteils für die Parteien eine Bindung an die sachliche Auffassung des Gerichts. Gibt

(1) vergl. Seite 150 ff.;

(2) vergl. Seite 139;

(3) vergl. Schwab, Streitgegenstand, S. 169 (S. 167 ff.);

§ 19III

es bereits in der Revisionsinstanz für die Parteien eine Bindung an die sachliche Auffassung der Vorderrichter, dann muss es erst recht nach Abschluss der Klage für die Parteien eine Bindung an die von dem Gericht festgestellten Tatsachen geben.

Damit erweist sich auch der von uns angenommene Umfang der Rechtskraft für den Zivilprozess als zutreffend (ein allgemeiner Ausschluss von Tatsachen durch rechtskraftfremde Präklusion kommt nicht in Frage). Im Zivilprozess kann die Rechtskraft nur so weit reichen, als über den Streitgegenstand auf Grund der vorgebrachten Tatsachen entschieden wurde.

Für den Zivilprozess erweist sich damit im ganzen unsere im ersten Abschnitt (1) allgemein getroffene Regelung für das Institut der Wirkung der Rechtskraft als allein brauchbar: Mit einer Klage kann ein schon einmal erhobenes Begehren dann wieder erhoben werden, wenn der darin angegebene Sachverhalt der Erstklage noch nicht zugrunde lag und damit auch nicht der Sachverhalt der Erstklage umgestossen werden soll.

IV Rechtsprechung und Lehre im Verwaltungsprozess lehnen sich, was das Institut der Rechtskraftwirkung anlangt, im allgemeinen so ziemlich an die im Zivilprozess gezeitigten Ergebnisse an. Auch hier wird die Entscheidung des Gerichts rechtskräftig. Sie ergeht über den Streitgegenstand. Sie wird aber nur insoweit rechtskräftig, als über den Streitgegenstand entschieden ist (2). Doch hier im Verwaltungsprozess bestehen noch mehr Zweifel über den Streitgegenstand als im Zivilprozess und damit auch noch mehr Zweifel über den Umfang der Rechtskraft.

Die Autoren, die den Verwaltungsakt, das heisst, die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, als Streitgegenstand ansehen (3), weichen von der allgemeinen Lehre, dass der Tenor in Rechts-

(1) vergl. Seite 140;

(2) vergl. Haustein, Streitgegenstand, S. 267; Ule, bVGG, § 51 Anm. 2; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 141 Anm. 3 b bb; so auch § 80 VO Nr. 165; nach § 34 VGG besteht nur Bindung für den Streitgegenstand, Eyermann-Fröhler, VGG, nehmen aber auch nur insoweit Rechtskraft an, als entschieden ist, Anm. 28 a;

(3) Hauptvertreter Niese, vergl. S. 92;

§ 19IV

kraft erwächst, ab. Diese Lehre muss ihr Objekt der Rechtskraft erst aus dem Urteil herauslesen. Hausteins Kritik, die hier ansetzt, ist deshalb gerechtfertigt (1). Diese Lehre wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Tenor sich über die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ausspräche. Da das nicht der Fall ist, kann die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes auch nicht in Rechtskraft erwachsen. Wie wir schon an anderer Stelle gezeigt haben, führt diese Lehre auch zu unrichtigen Ergebnissen (2). Aus einem klageabweisenden Urteil liest diese Lehre stets die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes. Sie übersieht, dass auch wegen blosser mangelnder Sachlegitimation abgewiesen werden kann. Diese Lehre muss deshalb auch hier abgelehnt werden. Mit einem antragsbestimmten Streitgegenstand werden derartige Fehler vermieden. Es zeigt sich damit, dass im Verwaltungsprozess wie im Zivilprozess bei der Wirkung der Rechtskraft nur solche Streitgegenstände zufriedenstellend arbeiten, die den Antrag zum Mittelpunkt nehmen.

Aber auch im Verwaltungsprozess kann der in Rechtskraft erwachsende Streitgegenstand nicht als materiell aufgefasst werden. Soll hier, falls vom Gericht ein materiell-rechtlicher Gesichtspunkt übersehen worden ist, die Klage noch insoweit rechtshängig sein? Oder soll wegen des übersehenen rechtlichen Gesichtspunktes eine neue Klage möglich sein? Es ist nicht einzusehen, warum im Verwaltungsprozess wegen eines übersehenen rechtlichen Gesichtspunktes eine neue Klage möglich sein soll. Daraus folgt, dass die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung prozessual aufgefasst werden muss. Genausowenig wie ein übersehener rechtlicher Gesichtspunkt die Erhebung einer auf dasselbe Ziel gerichteten Zweitklage begründen kann, kann es ein nicht gewürdigter Sachverhalt (3). Gegen eine solche Klage sprechen dieselben Gründe, die schon im Zivilprozess die Erhebung einer solchen Klage nicht

(1) Haustein, Streitgegenstand, S.268;

(2) vergl. Seite 82/3;

(3) so auch Haustein, Streitgegenstand, S.275, 276;

§ 19IV

gestatteten (1). Nur wenn die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung als Begehren im Sinne Schwabs aufgefasst wird, werden vom Richter übersehene Tatsachen als zum abgeurteilten Streitgegenstand gehörig von einer Zweitklage ausgeschlossen (2).

Damit ist auch im Verwaltungsprozess für den Umfang der Rechtskraft in erster Linie der von uns als allgemeingültig erkannte Streitgegenstand massgebend (3). Nur dann, wenn auf das Begehren abgestellt wird, kann die Identität der Zweitklage zutreffend festgestellt werden. Nur bei dieser Auffassung muss eine auf dasselbe Ziel wie die Erstklage gerichtete Zweitklage, die auf einen übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt oder einen nicht gewürdigten Sachverhalt gestützt ist, wegen Identität abgewiesen werden.

V Es wäre unbillig, wenn sich im Verwaltungsprozess die Zulässigkeit einer Klage nach der Identität des objektiven Streitgegenstandes mit einer bereits abgeurteilten Klage richten würde. Auch hier erwächst deshalb die Entscheidung - das ist allgemeine Meinung - nur insoweit in Rechtskraft, als über sie entschieden wurde. Entschieden wird auf Grund aller vorgebrachten Tatsachen. Es ist klar, dass auch hier im Verwaltungsprozess auf Grund der nicht vorgebrachten Tatsachen nicht entschieden werden kann. In Verbindung mit dem auch hier als allein brauchbar erkannten Streitgegenstand ergibt sich, dass auf Grund der Rechtskraft eine Klage mit einem schon einmal abgeurteilten Begehren nur dann erhoben werden kann, wenn sie mit einem Sachverhalt gestützt ist, der noch nicht in der Erstklage vorgetragen worden war und der auch nicht die sachliche Feststellung der Erstklage umstossen will.

Zu prüfen ist noch, ob es im Verwaltungsprozess einen rechtskraftfremden Ausschluss von Tatsachen gibt,

(1) vergl. Seite 142, 3;

(2) so auch Haustein, Streitgegenstand, S. 268 ff., 276;

(3) vergl. Seite 140;

§ 19V

so dass eine mit einem schon einmal abgeurteilten Streitgegenstand versehene Zweitklage auch dann abgewiesen werden muss, wenn sie auf Tatsachen gestützt ist, die in der Erstklage noch nicht vorgebracht worden waren. Hinweise auf eine rechtskraftfremde Präklusion wie im Zivilprozess gibt es im Verwaltungsprozess nicht. Dass Tatsachen nicht ausgeschlossen sein können, die erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, ist ebenso wie im Zivilprozess selbstverständlich. Zu einem Teil bestünde hier deswegen schon kein Bedürfnis zu einem solchen Ausschluss, da Klagen auf Anfechtung eines Verwaltungsaktes ohne Dauerwirkung schwerlich mit Tatsachen begründet werden können, die erst nach Erlass des endgültigen Verwaltungsaktes entstanden sind. Auch für einen Ausschluss von Tatsachen, die zwar zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung bereits existierten, aber weder dem Gericht noch den Parteien bekannt waren, besteht auch kein Anlass. Einmal gibt es im Verwaltungsprozess, soweit wir sehen, keine Vorschrift, die einem solchen Gedanken Ausdruck gäbe. Zum anderen wäre ein solcher Ausschluss wie im Zivilprozess verfehlt. Der allenfalls in Frage kommende Ausschluss von Tatsachen, die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bereits bestanden nur vorzubringen versäumt wurden, wird im Verwaltungsprozess durch die Untersuchungsmaxime von vorn herein unmöglich gemacht. Bei Vorherrschen der Untersuchungsmaxime hat letztlich das Gericht die Verantwortung zur Stoffbeibringung. Wenn damit zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung existente Tatsachen nicht Prozesstoff wurden, war es zumindest zu einem Teil auch die "Schuld" des Gerichts. Soll die Säumnis des Gerichts zu Lasten des Bürgers gehen? Das ist kaum möglich. Würde der Bürger mit den existenten aber nicht Prozesstoff gewordenen Tatsachen ausgeschlossen, so wäre das ungerecht, da der Bürger nicht einmal die unbedingte Pflicht zur Stoffbeibringung also zur Beibrin-

§ 19V

gung des hier nicht vorgebrachten Prozesstoffs wie etwa im Zivilprozess hat. Damit scheidet im Verwaltungsprozess die Möglichkeit aus, neben einen Ausschluss durch die Wirkung der Rechtskraft zusätzlich eine rechtskraftfremde Präklusion einzuführen. Es muss bei der gewöhnlichen Rechtskraftwirkung verblieben werden. Letztlich wird auch diese den Anforderungen genügen. Da damit im Verwaltungsprozess die Wirkung der Rechtskraft auf Grund des einheitlichen Streitgegenstands und der einheitlichen Auffassung vom Umfang der Rechtskraftwirkung wie im Zivilprozess geregelt werden kann, soll aus Gründen der Einheit im Zivilprozess darauf verzichtet werden, eine rechtskraftfremde Präklusion einzuführen.

Wie im Zivilprozess finden wir damit unsere allgemein geäußerte Ansicht (1) bestätigt: Mit einer Klage kann ein schon einmal erhobenes Begehren dann wieder erhoben werden, wenn der darin angegebene Sachverhalt der Erstklage noch nicht zugrunde lag und damit auch nicht der Sachverhalt der Erstklage umgestossen werden soll.

VI Als Ergebnis dieser Betrachtung ergibt sich, dass einheitlich alle Verfahren eine gemeinsame Regelung der Wirkungen der Rechtskraft erhalten können. In dieser Regelung muss zur Vermeidung jeder Unklarheit deutlich gesagt werden, worauf sich die Rechtskraft bezieht. Es muss erklärt werden, welche Rolle der Streitgegenstand spielt und welcher Teil davon rechtskräftig wird.

Alle Regelungen der Wirkung der Rechtskraft (§§ 322 ZPO, 120 VGO, 38 FGO und 148 SGG) lassen zwar eine Interpretation in unserem Sinne zu, die Klarheit aber fehlt ihnen. Mit Begriffen "Streitgegenstand", "Anspruch" und "soweit über . . . entschieden ist" lässt sich hier schlecht arbeiten. Aus diesem Grund wird für alle hier in Frage stehenden Verfahren folgende Formulierung vorgeschlagen:

(1) vergl. Seite 140;

§ 19VI

Die materielle Rechtskraft erstreckt sich auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch insoweit, als auf Grund aller dem Gericht unterbreiteten Tatsachen darüber entschieden wurde.

Mit einer Klage kann ein schon einmal zwischen denselben Parteien entschiedenes Begehren nur dann wieder erhoben werden, wenn die darin angegebenen Tatsachen noch nie im gleichen Zusammenhang dem Gericht unterbreitet worden waren.

Darüber hinaus sind alle Tatsachen ausgeschlossen, die eine abweichende Feststellung des Prozesstoffes der rechtskräftigen Entscheidung zum Ziel haben (1).

(1) dieser Satz ist aus Schwabs Vorschlag entnommen worden, Streitgegenstand, S.198;

§ 20 Die Bedeutung der Rechtskraft für die am Prozess beteiligten Nebenparteien.

I Die Regelungen der Beteiligung von Nebenparteien am Prozess haben sich in den einzelnen verfahren ziemlich auseinanderentwickelt. Trotzdem sind noch gemeinsame Wurzeln vorhanden. Wenn daher hier eine Angleichung dieser Regelungen versucht werden soll, dann kann sie nur dann ermöglicht werden, wenn auf der einen oder anderen Seite grössere Einschränkungen vorgenommen werden. Der versuch einer vereinheitlichung muss deshalb hier problematisch bleiben. Neben der Dispositionsmaxime und dem Streitgegenstand müssen hier vor allem allgemeine prozessökonomische Gründe beachtet werden.

Der Zivilprozess kennt bisher als Nebenpartei den Nebenintervenienten (§ 66), den streitgenössischen Nebenintervenienten (§ 69) und den Streitverkündungsempfänger (§§ 72 ff.). Der Streitverkündungsempfänger und der Nebenintervenient sind rechtlich gleich zu behandeln (§ 74 Abs. 1, 3 ZPO). Abgesehen von der bei der streitgenössischen Nebenintervention auf Grund der materiellen Rechtsbeziehungen auftretenden Rechtskrafterstreckung kommt im verhältnis Nebenintervenient - Hauptpartei die sogenannte Interventionswirkung zur Geltung (§ 68 ZPO). Danach gelten die dem Urteil zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in einem Prozess zwischen den Nebenintervenienten und der hauptpartei als richtig (1). Diese Interventionswirkung kann aber nicht eine normale Folge der rechtskraft sein. Die rechtskraft erstreckt sich doch normalerweise nur auf den prozessualen Anspruch, nicht aber auf Tatbestand und Entscheidungsgründe (2). Auf den Anspruch kann sich zugunsten oder zuungunsten des Nebenintervenienten die rechtskraft nicht erstrecken, weil dieser nicht partei ist.

In den hier in Frage kommenden verwaltungsver-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 1 e B;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 1 e f;

§ 20I

fahren gibt es die Beiladung (§§ 67 Abs. 1 VGO, 67 Abs. 1 FGO und 75 Abs. 1 SGG) und die notwendige Beiladung (§§ 67 Abs. 2 VGO, 67 Abs. 2 FGO und 75 Abs. 2 SGG). Die Handlungsfreiheit des Beigeladenen entspricht ungefähr der des Nebenintervenienten. Er darf alle Prozesshandlungen wahrnehmen, nur solche darf er nicht wahrnehmen, die in concreto und in abstracto im Widerspruch zu denen der Hauptpartei stehen (1). Die Handlungsfreiheit des notwendig Beigeladenen ist in etwa der des streitgenössischen Nebenintervenienten vergleichbar (2). Er darf wie der streitgenössische Nebenintervenient auch im Widerspruch zur Hauptpartei stehende Prozesshandlungen vornehmen (3). Im Verwaltungsprozess erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auf den notwendig Beigeladenen und den Beigeladenen, obwohl der Beigeladene nicht die Stellung des § 69 ZPO inne hat. Der notwendig Beigeladene und der Beigeladene sind damit wie eine Partei an die über den prozessualen Anspruch getroffene Entscheidung gebunden (§§ 120 VGO, 98 FGO und 141 Abs. 1 SGG). Hier haben wir es mit einer normalen Rechtskrafterstreckung zu tun.

Die Untersuchung über die Vereinheitlichung geschieht im Hinblick auf den überall einheitlichen Streitgegenstand und die in allen Verfahren herrschende Dispositionsmaxime. Ausgegangen werden soll dabei von den jetzt noch überall bestehenden Gemeinsamkeiten der einzelnen Regelungen.

II Für die Nebenparteien aller hier in Frage stehenden Verfahren gilt gemeinsam:

1. Die Nebenintervention, die Streitverkündung und die Beiladungen sind Formen der Beteiligungen von bisher nicht Beteiligten an einem bereits rechtshängigen Rechtsstreit (4).

2. Die Nebenpartei ist nicht Partei. Sie macht

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 1 c; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 7a;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 2 b; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 7 b;

(3) vergl. Fussnote 2;

(4) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 I; Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 2;

§ 20II

zwar ihre Interessen geltend, nicht aber ihr eigenes Recht wie die Prozesspartei (1).

3. Aus diesen Gründen ist die Zulassung der Nebenpartei allein davon abhängig, dass die im rechts-hängigen Prozess begehrte Entscheidung ihre Interessen berührt.

Hier aber hört das Gemeinsame schon auf. Im SGG bedarf es einer berechtigten Interesses (§ 75), in der FGO (§ 67) und VGO (§ 67) eines rechtlichen Interesses, und die ZPO verlangt, dass die Partei ein rechtliches Interesse daran habe, dass eine Partei obsiege, um als Nebenpartei zugelassen zu werden. Hieran knüpft sich der weitere Unterschied, dass sich im Zivilprozess und wohl auch im Verwaltungsprozess die Nebenpartei auf eine bestimmte Seite schlagen muss, während sich die Nebenpartei im Sozialgerichtsprozess - die Regelung nach der FGO ist unklar - gegen beide Parteien wenden kann. § 68 VGO sagt nämlich, "der Beigeladene kann innerhalb der Anträge eines Beteiligten" Prozesshandlungen vornehmen, während § 75 Abs. 4 SGG sagt, "der Beigeladene kann innerhalb der Anträge der anderen Beteiligten" Prozesshandlungen vornehmen. Nicht einheitlich geregelt ist der Weg, die Stellung einer Nebenpartei zu erreichen. Nebenintervenient wird man auf Antrag, Streitverkündungsempfänger durch Streitverkündung einer Hauptpartei. Beigeladen werden kann man durch Verfügung des Richters ohne oder auch auf Antrag. In beiden Fällen steht jedoch die Zulassung im Ermessen des Gerichts. Notwendig Beigeladener wird man von Amts wegen dann, wenn die Entscheidung gegenüber dem notwendig Beigeladenen Rechtskraft äussert. Von den Ausnahmen des SGG (§ 75 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 letzter Halbsatz) soll hier abgesehen werden (2).

Die Wirkung der Rechtskraft und die Handlungsfreiheit der Nebenpartei sind allgemein auch nicht einheitlich geregelt. Bis zu einem gewissen Grade aber gleichen

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 46 IV 1 a; Begründung zu § 68 VGO, abgedruckt in Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 1; Bettermann DVBl 51, 40;

(2) vergl. Gegenüberstellung bei Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 1; Eyermann-Fröhler, VGG, § 60 Anm. I 1;

§ 20II

sich die streitgenössische Nebenintervention und die notwendige Beiladung bezüglich der Rechtskraft und bezüglich der Handlungsfreiheit der Nebenpartei im Prozess (1). Die Nebenintervention und die Beiladung ähneln sich in Bezug auf die den Parteien eingeräumte Handlungsfreiheit im Prozess.

1. Wie soeben erwähnt, gilt eine Beiladung dann als notwendig, wenn der Beizuladende auch ohne Beiladung, also auf Grund des materiellen Rechts, von der Rechtskraft des Urteils mitgetroffen wird. Das entspricht dem Fall des streitgenössischen Nebenintervenienten. Auch hier zeigt sich die Rechtskraftwirkung auf Grund des materiellen Rechts, zur Rechtskrafterstreckung bedarf es nicht der streitgenössischen Nebenintervention. Damit sind sich beide Fälle in den Wirkungen der Rechtskraft insofern gleich, als sich die Rechtskraft auch ohne Teilnahme des Dritten am Prozess auf diesen kraft materiellen Rechts erstreckt. Auch die der Nebenpartei im Prozess gewährte Handlungsfreiheit ist in beiden Fällen sehr ähnlich ausgestaltet. In beiden Fällen wirken hier die Handlungen der Nebenpartei wie Parteihandlungen. Die Nebenparteien können unter Umständen sogar den Streitgegenstand verändern und über ihn verfügen. Sie müssen sich nicht innerhalb der Anträge der Hauptpartei oder Hauptparteien halten.

2. Im Verhältnis Nebenintervention-Beiladung ergibt sich ein Unterschied bezüglich der Rechtskrafterstreckung, jedoch eine Ähnlichkeit bezüglich der Handlungsfreiheit der Nebenparteien im Prozess. Die bei der notwendigen Beiladung sich aus dem materiellen Recht ergebende Rechtskrafterstreckung wurde hier kraft Prozessrecht auf alle Fälle der Beiladung ausgedehnt. Das steht im Gegensatz zum Zivilprozess, wo es bei der Nebenintervention eine Rechtskrafterstreckung nicht gibt. Obwohl sich damit im Verwaltungsprozess die Nebenpartei - man möchte sagen, eigentlich ohne rechtlichen Grund - die Recht-

(1) ähnlich Bettermann, DVBl 51, 39, 75, der allerdings die Beiladung und die streitgenössische Nebenintervention im Zusammenhang sieht;

§ 20II

krafterstreckung gefallen lassen muss, hat man dem Beigeladenen doch nur im Prozess die Rechte eines Nebenintervenienten gegeben. Der nicht notwendig Beigeladene muss sich ebenso wie der Nebenintervenient innerhalb der Ansprüche der Hauptpartei oder der Hauptparteien halten. - Der Zivilprozess dehnt wie gesagt die sich aus der streitgenössischen Nebenintervention notwendig ergebenden Folgen der Rechtskrafterstreckung nicht auf die Nebenintervention aus. Das ist auch berechtigt, denn vom materiellen Recht her wird hier eine Rechtskrafterstreckung nicht verlangt. Im Zivilprozess aber wurde eine sogenannte Interventionswirkung geschaffen. Zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei gelten die im Vorprozess getroffenen sachlichen und rechtlichen Feststellungen zuungunsten des Nebenintervenienten als richtig. Einheitlich ist hier also nur die Stellung der Nebenpartei im Prozess geregelt.

Aus dieser Gegenüberstellung ergeben sich unserer Meinung nach zwei Möglichkeiten der Vereinheitlichung.

III Einmal scheint es möglich, die notwendige Beiladung und die streitgenössische Nebenintervention zusammenzufassen.

Wir haben gesehen, dass sich die notwendige Beiladung von der streitgenössischen Nebenintervention hauptsächlich durch eigentlich nebensächliche Merkmale unterscheidet. Ziemlich einheitlich sind die Wirkung der Rechtskraft und die Stellung der Nebenpartei im Prozess geregelt. Diese beiden Elemente bilden hier das Hauptwesensmerkmal. Die der Vereinheitlichung der notwendigen Beiladung und der streitgenössischen Nebenintervention noch im Wege stehenden Unterschiedlichkeiten können beseitigt werden. Im Verwaltungsprozess muss von Amts wegen beigeladen werden, während im Zivilprozess die Entschei-

§ 20III

dung über den Beitritt bei der Nebenpartei liegt. Der Zivilprozess folgt der Dispositionsmaxime, während der Verwaltungsprozess hier der Officialmaxime entspricht. Es ist indessen hier ohne belang, dass die Nebenpartei von Amts wegen notwendig beigeladen wird. Denn selbst wenn sie nicht beigeladen werden würde, wären die Folgen dieselben. Die Rechtskraft erstreckt sich so und so auf die Nebenpartei. Wenn der notwendig Beigeladene einfach nicht am Prozess teilnimmt, kann ein Kostennachteil für ihn nicht entstehen (1). Im Grunde hat die Beiladung von Amts wegen wohl einen starken prozessökonomischen und informatorischen Zweck (2). Man will auch die Seite hören, auf die sich die Rechtskraft ausserdem erstreckt. Man will sie als Partei vernehmen lassen können. Im Zivilprozess kann die streitgenössische Nebenintervention schon deswegen nicht von Amts wegen erklärt werden, weil damit die Interventionswirkung verbunden ist. Die Interventionswirkung ist reines Prozessrecht, sie hängt nicht vom materiellen Recht ab. Wird eine Nebenintervention nicht erklärt, dann kommt es auch nicht zur Interventionswirkung. Es ist hier anders als bei der Rechtskraftwirkung, die sich auf das materielle Recht gründet. Da unserer Meinung nach die Interventionswirkung bei der streitgenössischen Nebenintervention wegen der normalen Rechtskraftwirkung ohne besondere Bedeutung ist, kann sie hier in Wegfall kommen. Damit aber ist der Weg frei zu einer Angleichung von streitgenössischer Nebenintervention und notwendiger Beiladung. Die streitgenössische Nebenintervention kann in der notwendigen Beiladung aufgehen. Aus den oben dargelegten Gründen ist es auch für den Zivilprozess unschädlich, wenn von Amts wegen beige-laden wird. Durch die Beiladung von Amts wegen wird der Beigeladene in seiner Bewegungsfreiheit nicht gehemmt, er kann auch keinen Nachteil erleiden.

Die Frage nach dem rechtlichen Interesse und die, ob die Nebenpartei einer Hauptpartei beitreten muss,

(1) Bettermann DVBl 51, 75;

(2) Begründung zu § 68 VGO, abgedruckt in Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 1; vergl. Bettermann DVBl 51, 73, 74;

§ 20III

wird für alle Nebenparteien weiter unten behandelt.

Zum anderen scheint es möglich, die Beiladung und die Nebenintervention zusammenzufassen.

Es erscheint uns wenig sinnvoll, die doch eigentlich hier auf rein materiellem Recht gegründete Rechtskrafterstreckung der notwendigen Beiladung auf alle Fälle der Beiladung zu erstrecken. Dazu besteht kein Anlass. Es widerspricht sogar der Prozessdogmatik, eine Rechtskrafterstreckung vorzunehmen, die nicht materiell-rechtlich bedingt ist. Die Last der Rechtskrafterstreckung ist zu gross, als dass diese auf Personen erstreckt wird, die dazu nicht legitimiert sind. Ausserdem sind dem Beigeladenen die rechtlichen Möglichkeiten im Prozess zu stark beschnitten, wenn man bedenkt, dass sich auch auf ihn wie auf eine Partei die Rechtskraft erstreckt. Andererseits empfiehlt es sich, die einmal im Prozess gewonnenen Erkenntnisse sachlicher und rechtlicher Art nicht einfach wieder aufzugeben. Dem trägt die Interventionswirkung des Zivilprozesses Rechnung, indem sie die getroffenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen zwischen der Hauptpartei und der Nebenpartei als bindend anerkennt. Aus diesem Grund wird der Nebenintervenient auch gezwungen, das Seine für den Prozess in sachlicher und rechtlicher Hinsicht zu tun. Daraus ergibt sich unserer Meinung nach die Möglichkeit, die Beiladung in der Nebenintervention aufgehen zu lassen. Auch im Verwaltungsprozess soll die Entscheidung über die Zulassung zur Nebenintervention nicht mehr in das Ermessen des Richters gestellt sein. Die Nebenpartei sollte dann zugelassen werden, wenn sich aus der Stellung des Antrags ergibt, dass objektiv alle Voraussetzungen gegeben sind.

Für jede Art der Beteiligung eines Dritten am Rechtsstreit muss gefordert werden, dass allein das rechtliche Interesse daran, dass eine Partei obsiege, den Weg zur Beteiligung eröffnet. Das rechtliche Interesse bringt

§ 20III

einmal mehr Klarheit als ein blosses berechtigtes Interesse. Zum anderen ist nicht einzusehen warum sich die Nebenpartei nicht auf eine Seite stellen soll. Es handelt sich hier um einen Zwei-Parteien-Prozess, nicht aber um einen Prozess, der unter Umständen von den Zwei-Parteien-System losgelöst werden kann.

Damit ist auch bezüglich der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit bis zu einem gewissen Grad eine Vereinheitlichung möglich. Die streitgenössische Nebenintervention und die notwendige Beiladung können unter der notwendigen Beiladung zusammengefasst werden. Die Beiladung kann in der Nebenintervention aufgehen.

- IV Am ehesten entspricht noch die ZPO unseren Vorschlägen. Dort hat sich bei § 60 nur die eine Änderung ergeben, dass jetzt der "streitgenössische Nebenintervenient" von Amts wegen beigeladen werden muss. Ausserdem fällt hier die Interventionswirkung weg. In der VGO muss die einfache Beiladung durch die Nebenintervention ersetzt werden. Auch § 67 FGO muss wie die VGO eine Änderung erfahren. Hier kommt jedoch noch hinzu, dass die einzelnen kasuistisch geregelten Fälle gestrichen werden können. Nach unseren Vorschlägen werden diese Einzelfälle im grossen und ganzen wie nach der jetzigen Regelung beurteilt werden. Grössere Änderungen aber muss sich das SGG gefallen lassen. § 75 Abs. 1 Satz 2 muss gestrichen werden. Auf Antrag werden jetzt alle die als Beteiligte zugelassen, die die Voraussetzungen dazu erfüllen. Die sogenannte "unechte" Beiladung (§ 75 Abs. 2 letzter Halbsatz) muss ebenfalls gestrichen werden. Dieser Fall wird durch die normale notwendige Beiladung nicht mehr erfasst werden. Es besteht jedoch nach unseren Vorschlägen die Möglichkeit, dass den bei Ablehnung des Anspruchs leistungspflichtigen Ländern oder Versicherungsträgern der Streit verkündet wird. Weiter muss noch § 75 Abs. 5 gestrichen werden. Die Ver-

§ 20IV

urteilung einer Nebenpartei ist unserem Prozessrecht fremd. Nach § 75 könnte es geschehen, dass ein Beigeladener der nicht einmal widersprechende Anträge zu denen der Hauptpartei stellen kann, verurteilt wird! Das aber kann nicht zugelassen werden (1).

V Zur Regelung der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit werden folgende für alle hier in Frage stehende Verfahren einheitlich geltende Vorschläge gemacht:

Insofern nach den Vorschriften des materiellen Rechts die im Hauptprozess erlassene Entscheidung durch die Rechtskraft für Dritte von Wirksamkeit ist, sind diese beizuladen. Der Beigeladene ist Streithelfer einer Hauptpartei. Als Streithelfer kann er auch Anträge stellen, die zu denen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

Für die Regelung der Nebenintervention soll ein besonderer Vorschlag nicht gemacht werden. Es scheint hier besser, wenn die §§ 66, 67, 68, 70 - 74 ZPO beibehalten werden. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, diese Vorschriften auf die Verwaltungsgerichtsverfahren zu übertragen.

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 75 Anm. 7 c;

§ 21 Die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf den Streitgegenstand.

I Rosenberg fordert als Prozessvoraussetzung für den zivilprozessualen Streitgegenstand (1),

1. dass dieser der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt,

2. dass für ihn oder einen Klagegrund von ihm der Rechtsweg nicht unzulässig ist - für den Streitgegenstand darf auch nicht das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschrieben sein - ,

3. dass über ihn kein anderes verfahren rechts-
hängig oder rechtskräftig entschieden ist,

4. dass er des Rechtsschutzes fähig und bedürftig ist.

Dasselbe müsste nun auch für die Prozessvoraussetzungen eines jeden verwaltungsprozessualen Streitgegenstands gelten (2), da diese Streitgegenstände dem des Zivilprozesses gleichen. In einem Punkt gibt es hier indessen - zumindest bei der Anfechtungs- und Vornahmeklage - Schwierigkeiten (3).

Dass die Klage in allen Verfahren nur dann zulässig ist, wenn der Streitgegenstand der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Auch für das Problem der Zulässigkeit des Rechtsweges bestehen wohl kaum noch Schwierigkeiten. Die §§ 13 GVG, 2 AGG, 38 VGO, 37 FGO und 51 SGG bringen im grossen und ganzen eine klare Lösung. Wesentlich ist hier der einfache Text des § 13 GVG und der des § 38 VGO. Was den Punkt 3 anlangt, so ist hierüber alles Wesentliche bereits

(1) vergl. Lehrbuch, § 89 II 3;

(2) Grundmann, JZ 57, 613/4, nimmt ohne nähere Begründung an, dass der Verwaltungsprozess insoweit dem Zivilprozess gefolgt ist; die Möglichkeiten einer Übereinstimmung der Prozessvoraussetzungen des Zivilprozesses mit denen des Verwaltungsprozesses dagegen verneinen Baring AöR Bd. 76, 449, 457, 458, 462 u. 463 und Schlochauer AöR Bd. 79, 207; so weist Baring eine Verwaltungsklage wegen Unzulässigkeit aus Gründen mangelnder Aktivlegitimation ab (a.a.O.S. 445);

(3) vergl. Nebinger DOV 53, 627; Bachof DÖV 53, 417 ff.;

§ 21I

gesagt worden (1).

Während im Zivilprozess über das Problem des Rechtsschutzes kaum noch Schwierigkeit besteht (2), wird im Verwaltungsprozess dagegen darüber noch gestritten. Im Verwaltungsprozess ist überhaupt generell unklar, wann eine Klage zulässig ist. Es spielt nicht nur die Rechtsschutzfähigkeit eine Rolle. Von grosser Bedeutung ist auch das Verhältnis Prozessführungsbefugnis-Sachlegitimation. Man will eine Popularklage verhindern. Es handelt sich bei dem Streit um die Auslegung der §§ 23 VO 165, 23,35 VGG nicht nur um die Prozessvoraussetzungen in Bezug auf den Streitgegenstand, sondern auch um eine Prozessvoraussetzung in Bezug auf die Partei. Der Zivilprozess kennt derartige Probleme nicht mehr. Die im Zivilprozess gewonnenen Erkenntnisse für das Problem der Rechtsschutzfähigkeit und das Problem Prozessführungsbefugnis-Sachlegitimation bieten sich deshalb zur Übernahme geradezu an.

Da in den Verwaltungsgerichtsverfahren der gleiche Streitgegenstand wie in der Zivilprozessordnung angewandt wird und die subjektiv öffentlichen Rechte durchaus den subjektiven Rechten vergleichbar sind - andere speziell zu berücksichtigende Besonderheiten gibt es im Verwaltungsprozess nicht -, muss die Zulässigkeit im Verwaltungsprozess wie die im Zivilprozess geregelt sein.

II Von der Rechtsprechung werden zur Zulässigkeit im wesentlichen zwei Meinungen vertreten. Es wird die Ansicht vertreten, dass die Klage dann unzulässig ist, "wenn der Kläger Rechte wahrnimmt, die nicht seine eigenen sind und auch nicht seine eigenen sein können" (3). Aus diesem Satz und aus den weiteren Ausführungen muss man schliessen, dass eine Klage nur dann zulässig ist, wenn der mit der Klage geltend gemachte Anspruch generell klagbar ist. Andere Gerichte vertreten die These, dass zur Zulässigkeit der Klage eine schlüssige Tatsachenbehauptung vorgetragen werden müsste (4). Es wird also nicht objektiv auf die Klagbarkeit des im Antrag gekennzeichneten auf die Entscheidung

(1) vergl. Seite 131 ff., 136 ff.;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 85 II; § 86 II; § 87 I II;

(3) Bad. vGH in DVBl 53, 412, dazu 414/5; ähnlich Naumann

DVBl 52, 589; a.A. Schunck DVBl 56, 366;

(4) vergl. OVG Lüneburg in New 56, 238; OVG Hamburg in DVBl 56, 658;

§ 21III

gerichteten Begehrens abgestellt. Hier wird darauf abgestellt, ob der Antrag auf Grund der Tatsachenbehauptung verfolgbar ist. Schlüssig wäre die Klage nämlich dann (zur Zulässigkeit wird eine s c h l ü s s i g e Tatsachenbehauptung verlangt), "wenn dem Sachvortrag des Klägers die behauptete Rechtswirkung zukommt" (1). Es spielt keine Rolle, ob die Tatsachenbehauptung auch wirklich zutrifft. Trifft sie nicht zu, dann wird wegen Unbegründetheit abgewiesen. Für die Zulässigkeit ist eben nur entscheidend, dass der behauptete Sachvortrag den Antrag stützt. Bachof weist noch daraufhin, dass das Bundesverwaltungsgericht danach tendiert, schon bei der blossen Behauptung, es läge ein rechtswidriger Verwaltungsakt vor, also auf Grund der blossen rechtsbehauptung, Zulässigkeit anzunehmen (2).

Die Lehre stellt wohl meist auf die den Antrag stützende Tatsachenbehauptung ab. Als Beispiel hierzu sei Bachof angeführt, der neuerdings seine Ansicht darüber näher erläutert hat (3). Bachof meint, dass es "zweifelsfrei" auf die Richtigkeit der tatsächlichen Behauptung nicht ankäme. Folge aus dieser Behauptung die begehrte Rechtsfolge, dann sei die Klage zulässig, auch wenn die tatsächliche Behauptung in Wirklichkeit nicht zuträfe. Das entspricht der oben angeführten Meinung der Rechtsprechung. Die Behauptung des Klägers über die Rechtsnatur der angegriffenen Massnahme hält Bachof dagegen für unerheblich. Liege trotz Behauptung eines Verwaltungsaktes in Wirklichkeit keiner vor, so müsse die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden. Unterschiede dagegen macht Bachof, was die Behauptung über die Beeinträchtigung des Rechts des Klägers anlangt. Bei der Klage eines Klägers gegen einen Verwaltungsakt, der diesen gar nichts angeht, der Popularklage, lässt Bachof allein die wirkliche Beeinträchtigung entscheidend sein. In diesem Fall hält er nämlich die Klage auch dann für unzulässig, wenn

(1) OVG Lüneburg in NJW 56, 238;

(2) seine Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.10.1955 JZ 56, 342;

(3) vergl. Fussnote 2;

§ 21II

der Kläger eine Rechtsbeeinträchtigung behauptet. Bachof erklärt aber dann die Klage für zulässig, wenn der Kläger "substantiiert" darlegt, "dass und warum gerade er durch den angegriffenen Verwaltungsakt in seinen speziellen Rechten verletzt sein könnte". Ob die Behauptung der Wirklichkeit entspricht, lässt er hier wieder nicht entscheidend sein.

Es soll zuerst zum Problem der Rechtsschutzfähigkeit Stellung genommen werden. Für diese Prozessvoraussetzung bringt nur die Entscheidung eine mit den Grundsätzen der allgemeinen Prozessrechtslehre übereinstimmende Ansicht, die auf die Klagbarkeit des geltend gemachten Anspruchs abstellt. Eine Klage ist des Rechtsschutzes doch nur dann fähig, wenn der in dieser Klage geltend gemachte Streitgegenstand objektiv verfolgbar ist. Wird mit dem Streitgegenstand ein Verlangen geltend gemacht, das nach dem geltenden Recht von keiner Person unter keinen Umständen wegen eines fehlenden Anspruchs erfüllt zu werden braucht, ist die Klage mit anderen Worten objektiv unklagbar, dann braucht ein Gericht nicht zur Sache zu entscheiden. Ja, es kann gar nicht zur Sache entscheiden, weil die Klage niemals begründet sein kann. Ein Schulbeispiel gibt der Zivilprozess. Klagt jemand auf Grund verlobnisses auf Eingehung der Ehe, dann braucht zur Sache nicht entschieden zu werden, da diese Klage niemals begründet sein kann (§ 1297 BGB) (1). Das muss entsprechend auch für den Verwaltungsprozess gelten. Eine Klage auf Tuberkulosehilfe (2) muss ebenso wie die Klage auf Eingehung der Ehe auf Grund verlobnisses wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden. Wenn auch im Verwaltungsrecht viel öfter als im Privatrecht unklar ist, wann ein klagbares Recht vorliegt, es sich um ein subjektives öffentliches Recht handelt, so kann das doch nicht dazu führen, für das Prozessrecht neue Regeln zu finden. Auf Grund unserer Meinung vom Streitgegenstand ergibt sich, dass eine Klage dann des Rechtsschutzes fähig ist, wenn das im Klageantrag

(1) vergl. Rosenberg, Lehmouch, § 85 II 2 a; hier bringt Rosenberg auch den Begriff "unklagbar";

(2) das BVerwG, NJW 56, 395, neigt wohl zur Abweisung wegen Unzulässigkeit;

§ 21II

gekennzeichnete auf die Entscheidung gerichtete Begehren objektiv klagbar ist.

Die Meinungen, die die Rechtsschutzfähigkeit nach der schlüssigen Tatsachenbehauptung beurteilen, sind abzulehnen. Ob ein Verwaltungsgerichtlicher Streitgegenstand des Rechtsschutzes fähig ist, kann nicht nach einer blossen Behauptung beurteilt werden. Entscheiden dürfen hier nur Tatsachen. Auch die Abweisung wegen Rechtshängigkeit oder Rechtskraft wird nicht deswegen vorgenommen, weil eine Behauptung entgegensteht, sondern weil Tatsachen entgegenstehen. Im Verwaltungsprozess kann die Zulässigkeit ferner nicht davon abhängen, dass der Antrag mit schlüssigen Tatsachenbehauptungen gestützt ist, weil hier auf Grund der Inquisitionsmaxime der Kläger Tatsachen weder zu behaupten noch vorzutragen braucht. Selbst wenn der Kläger gehalten wäre, Tatsachen zu behaupten und vorzubringen, kann die Zulässigkeit nicht von einer schlüssigen Tatsachenbehauptung abhängen. Im Zivilprozess ist es einhellige Meinung, dass bei Fehlen der Schlüssigkeit wegen Unbegründetheit abgewiesen werden muss. Es wird nicht wegen Unzulässigkeit abgewiesen. Der Begriff Schlüssigkeit sollte im Verwaltungsprozess eigentlich nicht verwendet werden (1), er gibt nur zu Missdeutungen Anlass. Auf Bachofs Lehre zu den Fällen, bei denen der Kläger klagt, obwohl sich der Verwaltungsakt nicht gegen ihn richtet, soll hier nicht eingegangen werden. Diese Fälle gehören wohl der Art nach zu dem Problem der Prozessführungsbefugnis-Sachlegitimation. Dort kommen wir aus sie zurück.

Damit ist eigentlich über die Prozessvoraussetzungen im Bezug auf den Streitgegenstand im Verwaltungsprozess bereits Klarheit geychaffen. Die im Zivilprozess gefundenen Erkenntnisse sind hier verwendet worden. Da aber für das Problem der Zulässigkeit im Verwaltungsprozess noch das Verhältnis Prozessführungsbefugnis-Sachlegitimation eine Rolle spielt, soll auch diese Seite des Rechtsverhältnisses beleuchtet werden. Der Zivilprozess hat auch hier schon Vorarbeit geleistet.

(1) vergl.dazu Schröder DVB1 56, 750/1;

§ 21II

Unter Sachlegitimation wird hier die subjektive Seite des Rechtsverhältnisses verstanden (1). Sachlegitimiert sind die Subjekte des Rechtsverhältnisses, die wirklichen Träger des Interesses. Diese müssen deswegen nicht immer auch befugt sein, ihre Sache im Prozess selbst in die Hand zu nehmen. Die Prozessführungsbezugnis - die Willensmacht - kann kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäft anderen übertragen sein. Meist fällt Sachlegitimation mit Prozessführungsbezugnis zusammen. Sie können aber auch, wie gesagt, auseinanderfallen. Die Frage der Sachlegitimation ist eine Frage der Begründetheit, denn um beurteilen zu können, wer Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, um beurteilen zu können, zwischen welchen Personen ein Rechtsverhältnis entstand, muss das Gericht zur Sache entscheiden. Die Frage der Prozessführungsbezugnis aber ist eine Frage der Zulässigkeit, es ist eine Prozessvoraussetzung in Bezug auf die Person (2). Sie betrifft die Frage, ob die Parteien die richtigen Parteien sind. Zur Entscheidung kann erst dann geschritten werden, zur Sachentscheidung, wenn feststeht, dass Kläger und Beklagter im Prozess als Parteien auftreten können. Wenn sich ergibt, dass zum Beispiel der Kläger den Prozess gar nicht betreiben darf, dann braucht nicht erst in die Verhandlung zur Sache eingetreten zu werden. ~ Die Prozessführungsbezugnis hängt nicht vom Bestehen des materiellen Rechts ab. Falls die Verhandlung nämlich ergeben sollte, dass ein solches gar nicht besteht, dann kann damit nicht die Prozessführungsbezugnis gerechtfertigt haben. Die Prozessführungsbezugnis als Willensmacht bezieht sich nur auf das behauptete Interesse. - Wenn sich ergibt, dass der Kläger aus eigenem Recht klagt, dann muss ein besonderer Grund dafür bestehen, dass der Kläger nicht prozessführungsbezugt ist. Wenn sich ergibt, dass Kläger aus fremden Recht klagt, dann muss ein besonderer Grund für das Vorhandensein der Prozessführungsbezugnis vorliegen. Daraus folgt für die Praxis: Ergibt sich, dass der Kläger aus eigenem Recht klagt, zeigt aber die Beweisaufnahme, dass er nicht sachlegitimiert -

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 45 I 2;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 89 II 2;

§ 21II

nicht Subjekt - ist, dann muss die Klage wegen Unbegründetheit abgewiesen werden. Prozessführungsbefugt war der Kläger, die Prozessführungsbefugnis (Willensmacht) bezieht sich ja nur auf das behauptete Interesse, (es sei denn, bei dem behaupteten Interesse wäre es dem Kläger aus besonderem Grund nicht erlaubt, den Prozess zu führen). Nur sachlegitimiert war er nicht, denn nicht er war Träger des von ihm geltend gemachten Rechts, das er als eigenes behauptet hatte. Ergibt sich, dass der Kläger aus fremdem Recht klagt, zeigt sich aber - das wird hier die Regel sein -, dass der damit behauptete besondere Grund zum Führen des Prozesses nicht besteht, dann muss die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden. Für die Prozessführungsbefugnis kommt es stets darauf an, ob sie bezüglich des behaupteten Interesses dem Kläger objektiv zustehen würde, hier hatte er sie nur behauptet. - Dieses System Prozessführungsbezugnis - Sachlegitimation muss sich auf den Verwaltungsprozess übertragen lassen. Denn hier herrschen - auf das öffentliche Recht bezogen - dieselben Rechtsverhältnisse wie im Zivilprozessrecht (1).

Danach ist im Verwaltungsprozess die Klage nur dann zulässig, wenn der im Klageantrag geltend gemachte prozessuale Anspruch im Wege der Klage verfolgbar ist und dem Kläger die Prozessführungsbefugnis zusteht. An folgenden Beispielen wird sich zeigen, dass die aus dem Zivilprozess gewonnenen Erkenntnisse auch im Verwaltungsrecht zu vernünftigen Ergebnissen führen (2).

III

1. Aus der Klage ergibt sich, dass der Kläger im eigenen Namen aus eigenem Recht auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes klagt, die Klage aber objektiv nicht klagbar ist. Die Klage ist wegen Unzulässigkeit abzuweisen,

(1) Bettermann, DVBl 53, 168, Gehring DÖV 54, 334 ff. und Hartmann DÖV 54, 371/2 übertrugen schon das zivilprozessuale System Prozessführungsbefugnis-Sachlegitimation auf den Verwaltungsprozess; Hartmanns Kritik an Bettermann ist ungerechtfertigt;

(2) im Ergebnis entspricht das ungefähr der Meinung Foths ZZP 68, 372, dessen "Anfechtungsberechtigung" unserer Prozessführungsbefugnis, dessen "Beschwer" dem Rechtsschutzbedürfnis und dessen Sachlegitimation unserer Sachlegitimation etwa gleichzusetzen ist. Die Terminologie und die dogmatische Ableitung (Rechtsmittelverfahren) werden abgelehnt;

§21III

denn es fehlt an der Rechtsschutzzfähigkeit. Die Klage ist genauso abzuweisen, wie die Klage eines Verlobten auf Eingehung der Ehe (1).

2. Aus der Klage ergibt sich, dass der Kläger im eigenen Namen aus fremden Recht auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes klagt, die Klage aber objektiv nicht klagbar ist. Auch diese Klage ist wegen Unzulässigkeit abzuweisen, denn es fehlt auch hier an der Rechtsschutzzfähigkeit. Ausserdem könnte man hier noch sagen, es fehle an der Prozessführungsbefugnis, falls nicht ein besonderer Grund zum Führen des Prozesses vorliegt. Die Klage ist genauso abzuweisen, wie die Klage eines in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes, der einen Anspruch aus dem Vorbehaltsgut der Frau geltend macht, der durch Vertrag zu einem unklagbaren Anspruch geworden ist.

3. Aus der Klage ergibt sich, dass der Kläger im eigenen Namen aus fremden Recht auf Aufhebung eines im Wege der Klage verfolgbaren Verwaltungsaktes klagt. Die Klage muss wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden. Es fehlt an der Prozessführungsbefugnis. Diese Klage ist genauso abzuweisen wie die Klage eines in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes, der im eigenen Namen einen objektiv klagbaren Anspruch geltend macht, der sich auf das Vorbehaltsgut der Ehe frau bezieht. Um hier eine Sachentscheidung zu ermöglichen, müsste ein besonderer Grund zur Prozessführungsbefugnis vorliegen, der wahrscheinlich nur sehr selten gegeben ist (2).

4. Aus der Klage ergibt sich, dass der Kläger aus eigenem Recht auf Aufhebung eines klagbaren Verwaltungsaktes klagt, aus der Verhandlung zur Sache aber folgt, dass der Kläger nicht Subjekt des geltend gemachten Rechts ist, der Verwaltungsakt sich nicht gegen ihn wandte. Diese Klage ist wegen Unbegründetheit abzuweisen. Es fehlt an der Sachlegitimation. Diese Klage gleicht der eines Grundstücksbesitzers auf Unterlassung der Störung, wobei sich erst im Prozess herausstellt, dass der fragliche Grund-

(1) so würde wohl Naumann, DVBl 52, 589, auch entscheiden;
(2) so Gehring DÖV 54, 334/5; unter Punkt 3 fällt auch der Fall der Popularklage; falls jemand ohne Ermächtigung im eigenen Namen aus dem Recht eines x-beliebigen Dritten oder der Allgemeinheit klagt, so muss wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden. Zur Zulässigkeit wäre ein besonderer Grund nötig, der im Verwaltungsrecht nur sehr selten gegeben ist, vergl.S.10;

§ 21III

stücksteil entgegen der Annahme des Klägers gar nicht diesem gehört.

Es wird nun oft im Verwaltungsprozess nicht leicht sein, zwischen dem Fall 3 und dem Fall 4 zu unterscheiden. Hier muss darauf abgestellt werden, ob der Kläger vorgibt, von dem Verwaltungsakt selbst angesprochen zu sein, so dass ihm wegen eines Eigeninteresses ein Klagerecht erwächst, oder ob er klagt, um für einen x-beliebigen Dritten oder die Allgemeinheit (Popularklage) die Willensmacht durchzusetzen. Damit erbibt sich, dass Bachofs Meinung über die Klage eines Klägers, der sich gegen einen Verwaltungsakt wendet, der ihn eigentlich gar nichts angeht, im Ergebnis nicht abwegig ist. wie die Rechtsschutzfähigkeit so kennzeichnet Bachof seine Regelung der Prozessführungsbefugnis nur äusserlich beschreibend. Bachof bringt keine systematische Ableitung.

- IV Die beiden von uns herausgearbeiteten Grundsätze für die Zulässigkeit sind im Zivilprozess nicht geregelt. Um die Popularklage auszuschliessen, bringen aber die §§ 41 Abs. 2 VGO, 45 Abs. 1 FGO und 54 Abs. 1 Satz SGG eine Regelung über die Prozessführungsbefugnis. Danach darf ein Verwaltungsprozess nur dann geführt werden, wenn der Kläger aus eigenem Recht klagt, denn nur dann kann er beschwert sein. Nach diesen Vorschriften ist aber auch eine Prozessführungsbefugnis im oben bezeichneten Sinn möglich. In den angeführten Vorschriften sind nämlich ausdrücklich dann Klagen zugelassen, wenn durch gesetzliche Bestimmung die Wahrung eines fremden Interesses erlaubt ist. Dies geht aus den Worten hervor, "Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt wird". Unserer Meinung nach muss die bisherige in allen verwaltungsrechtlichen Verfahren ziemlich einheitliche Regelung durch eine klarere ersetzt werden.

Die Rechtsschutzfähigkeit wird durch die erwähnten Vorschriften unserer Meinung nach nicht beschrieben. Die zukünftige Normierung sollte aber auch die

§ 21IV

Rechtsschutzzfähigkeit berücksichtigen. Beide Zulässigkeitsvoraussetzungen sollten damit im Gesetz Ausdruck finden.

V Für alle hier in Frage kommenden Verfahren wird die Einführung folgenden Textes, der überall der Regelung über die Klageerhebung folgen sollte, vorgeschlagen:

Zulässig ist die Klage nur dann, wenn der Kläger aus eigenem Recht klagt; auf Grund fremden Rechts kann der Kläger nur dann Partei sein, wenn ein besonderer Grund vorhanden ist.

Das im Klageantrag bezeichnete Begehren muss, ohne Rücksicht auf vorgebrachte oder bestehende Tatsachen, im Weg der Klage verfolgbar sein.

4. A b s c h n i t t: Die Verhandlungsmaxime und die
Untersuchungsmaxime.

§ 22 Die Verhandlungsmaxime und die Untersuchungsmaxime als
Prozessgrundsätze.

I Die Beibringung des Tatsachenstoffs, der Entscheidungsgrundlage werden soll, und die Beschaffung der Beweise hierfür sind im wesentlichen entweder nach der Verhandlungsmaxime oder nach der Untersuchungsmaxime ausgerichtet (1). Ist die Stoffsammlung dem Gericht übertragen, oder ist das Gericht für die Stoffsammlung verantwortlich, dann spricht man von der Untersuchungs- oder der Inquisitionsmaxime. Müssen dagegen die Parteien für die Stoffbeibringung sorgen, dann herrscht die Verhandlungsmaxime vor. Die Verhandlungsmaxime und die Untersuchungsmaxime sind von der Dispositionsmaxime und der Officialmaxime streng zu scheiden (2). Bei dem einen Paar handelt es sich um die Verfügungsgewalt über den Antrag oder Streitgegenstand und bei dem anderen Paar um die Verfügungsgewalt über den Tatsachenstoff.

Während sich die Regelung der Verfügungsbefugnis über den Antrag nach dem Prozesszweck richtet, wird die Regelung über die Beibringung des Tatsachenstoffs von Zweckmässigkeitsgründen und dem Wesen des Prozesses bestimmt (3). In jedem Prozess wird danach gestrebt, die materielle Wahrheit zu erforschen (4). Da die Parteien dazu in erster Linie beitragen können, liegt es auf der Hand, diese zur Stoffbeibringung heranzuziehen. Es fragt sich nur, ob man auch die Verantwortung der Stoffbeibringung den Parteien überlassen oder letztlich auf das Gericht übertragen soll. Unsere Gesetzgebung und unser herrschendes verfassungssystem ist noch immer bemüht, dem Bürger die Möglichkeit zu geben, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen (5).

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I;

(2) vergl. Ule DVB1 54, 144 Fussnote 72; Bettermann DVB1 51, 39; Linn DVB1 56, 817/8; Buchholz JW 37, 27 45;

(3) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I; Buchholz JW 37, 2745;

(4) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I letzter Absatz;

a.A. Ule DVB1 54, 139;

(5) Dürig JZ 53, 193;

§ 22I

Das gilt auch für den Prozess. Wenn es daher möglich erscheint, dass die Parteien durch gegenseitiges Verhandeln in den Stand gesetzt werden, den wahren Sachverhalt selbst aufzudecken, dann soll es ihnen auch überlassen bleiben. Der Staat sollte dann kein Interesse haben, die Sache selbst in die Hand zu nehmen. Falls die Parteien aus dem einen oder anderen Grund nicht die Gewähr bieten, den wahren Sachverhalt objektiv zu erforschen, dann allerdings muss der Staat, das heisst das Gericht, selbst für die Stoffbeibringung sorgen. Das gilt besonders dann, wenn von vorn herein den Parteien stets unterschiedliche Mittel zur Stoffbeibringung zur Verfügung stehen.

Einen weiteren zu berücksichtigenden Punkt für die Bestimmung der Verfügung über den Streitstoff bildet das Wesen des Prozesses. Nimmt das öffentliche Interesse wenig Anteil an den vor dem Gericht abgeurteilten Fällen, dann besthet umso mehr Grund, den Parteien auch die Stoffbeibringung zu überlassen und einmal eine auf dem Parteiwillen und der Schwäche einer Partei beruhenden Unrichtigkeit zu Gunsten der Verfügung der Parteien über den Streitstoff hinzunehmen. Nimmt die Öffentlichkeit dagegen grossen Anteil an den vor den Schranken des Gerichts abgehandelten Fällen, dann besteht ein ganz erhebliches Interesse an einer objektiven Erforschung des Sachverhalts. Es würde dem öffentlichen Interesse widersprechen, wenn die Parteien zum Beispiel durch Geständnis einen durchaus subjektiven Tatbestand zur Entscheidungsgrundlage machen können. Was die Erforschung des Sachverhalts anlangt, so braucht man in diesem Fall ein verobjektiviertes Verfahren. Die Stoff- und Beweisbeibringung ist deshalb bei dieser Sachlage dem Gericht zu übertragen.

II Der Zivilprozess hat den ersten Weg beschritten. Dort herrscht im wesentlichen die Verhandlungsmaxime vor. Das heisst, die Parteien müssen für die Stoffbeibringung sor-

§ 22II

gen. Auch das Arbeitsgerichtsverfahren ist diesem Grundsatz gefolgt. Bei beiden Verfahren gibt es nur in wenig Fällen Ausnahmen. Der Entscheidung zu Gunsten der Verhandlungsmaxime lag die Überlegung zugrunde, dass, wenn jede Partei das ihr Günstige vorbringt, die Summe der Gegendarstellungen den Kern der Sache wird treffen müssen (1). Wie die bisherige Erfahrung gelehrt hat, hat sich die Verhandlungsmaxime auch bewährt (2). Das Eigeninteresse der Parteien lässt in dem kontradiktorischen Verfahren selten Absprachen zu, die zu einem falschen der Wahrheit nicht entsprechenden Bild führen. Von vorn herein besteht auch im allgemeinen zwischen den Parteien kein Machtunterschied wie etwa im öffentlichen Recht. Der Rechtsanwaltszwang ab Landgericht gibt beiden Parteien gleiche Möglichkeiten. Ausserdem ist die Öffentlichkeit an den privaten Rechtsbeziehungen nicht in einem solchen Mass interessiert, als dass eine staatliche Untersuchungstätigkeit notwendig wäre. Die Fülle der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten würde es dem Gericht kaum erlauben, in jedem Falle genau nachzuforschen (3). Ausserdem tragen die den Parteien auferlegte Wahrheitspflicht, die Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens und die richterliche Fragepflicht das ihre zur Aufdeckung des wahren Sachverhalts bei. Es besteht also kein Grund, im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess von dem Prinzip der Verhandlungsmaxime abzugehen. Die Verhandlungsmaxime ist zwar für den Zivilprozess kein "unverbrüchliches Dogma" (Rosenberg), deswegen ist dieses Prinzip auch schon mehrfach durchbrochen worden, solange aber durch die Parteien in einer dem öffentlichen Recht entsprechenden Weise der Streitstoff beigebracht werden kann, soll am Verhandlungsgrundsatz nicht gerüttelt werden.

III Der Verwaltungsprozess hat den zweiten Weg beschritten. Hier herrscht im wesentlichen die Untersuchungsmaxime vor.

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I;

(2) vergl. Ule DVBl 54, 139, dass die Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer auf der Tagung in Würzburg am 23. u. 24.4.1953 nach einem Referat von Nikisch der Beibehaltung der Verhandlungsmaxime zugestimmt haben;

(3) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 I;

§ 22III

Es ist kaum anzunehmen, dass im Verwaltungsprozess, wo es praktisch keinen Anwaltszwang gibt (1), "das Eigeninteresse der Parteien" allein wirklich imstande ist, dem Gericht den tatsächlich zugrunde liegenden Sachverhalt genügend aufzudecken. Nicht dass mit Täuschungsabsichten von einer Seite gerechnet würde! Hier ist vielmehr der Machtunterschied der Parteien von Anfang an so gross, dass allgemein ein Übergewicht des Staates als der beklagten Partei angenommen werden kann (2). Der Staat ist mit seinem Apparat viel eher in der Lage, den ihm günstigen Sachverhalt vorzutragen. Ausserdem besteht im Verwaltungsrecht - gemessen an dem Zivilprozess - ein grösseres Interesse an der Durchführung eines Prozesses, der einen objektiv erforschten Sachverhalt zur Grundlage hat. Das zeigt schon die Einwirkungsmöglichkeit des Staatsanwaltes. Aus diesen Gründen muss es letztlich dem Staat zugemutet werden, für die Beibringung des Tatsachenstoffes zu sorgen. Die Verhandlungsmaxime ist damit ausgeschlossen (3). Das heisst andererseits nicht, dass das Gericht auf die Mitwirkung der Parteien bei der Aufdeckung des Sachverhaltes verzichten müsste. Diese werden genauso angehalten, das ihnen Bekannte vorzutragen. Untersuchungsmaxime heisst nur, dass es jetzt Pflicht des Gerichtes ist, alles zu tun, um den wahren Sachverhalt zu erforschen. Das Gericht ist jetzt bezüglich des Sachverhalts nicht mehr an die Parteibehauptungen gebunden. Das Gericht hat vielmehr von sich aus jeden Schritt zu unternehmen, um den dem Fall zugrunde liegenden Sachverhalt aufzuklären. Es ist wohl praktisch gar nicht möglich, im Verwaltungsprozess mit einer anderen als der Untersuchungsmaxime zu arbeiten. Die natürlichen Machtunterschiede der Parteistellungen und das öffentliche Interesse erfordern einfach die Untersuchung des Streitstoffes von Amts wegen.

IV Damit ergibt sich hier eine Grenze der Vereinheitlichung.

- (1) vergl. §§ 69 Abs. 4 u. 5 VGO, 55 Abs. 5 u. 6 FGO und 166 SGG; über den Anwaltszwang im Verwaltungsprozess Ule DVBl 54, 320 und Bachof DVBl 54, 392;
- (2) vergl. Ule DVBl 54, 140;
- (3) vergl. Ule DVBl 54, 141;

§ 22IV

Es ist aus Zweckmässigkeitsgründen und wegen der verschiedenen Wesen der Verfahren ohne Schaden für die eine oder andere Gruppe der Verfahrensgesetze nicht möglich, die verfahrensgesetze bezüglich der Stoffbeibringung generell zu vereinheitlichen (1).

(1) Menger, System, S.83, 259, bezeichnet die Unterschiede der Maximen generell für praktisch unbedeutend, er weist vor allem darauf hin, dass im Zivilprozess zu einem ganzen Teil die Untersuchungsmaxime gilt;

§ 23 Das Wesen der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime.

I Wenn sich auch allgemein keine Möglichkeit der Vereinheitlichung bezüglich des Prinzips der Stoffbebringung zeigt, so ist doch damit nicht gesagt, dass auch alle von der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime betroffenen Institute verschieden geregelt sein müssen. Meist wird sogar angenommen, dass praktisch die Unterschiede nur gering sind (1). Um nun im einzelnen die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der von der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime betroffenen Institute zu finden, bedürfen diese einer genauen Untersuchung. Dem muss jedoch eine kurze Gegenüberstellung der Hauptmerkmale der beiden Maximen vorausgehen, um die Ansatzpunkte der Vereinheitlichung leichter finden zu können.

II Im Zivilprozess ist die Beibringung des Sachverhalts, der Entscheidungsgrundlage werden soll, allein den Parteien anvertraut. Man geht von der Ansicht aus, dass sich aus dem Widerstreit der Parteien über den Sachverhalt für den Richter die Möglichkeit ergibt, Kenntnis vom wahren Sachverhalt zu erlangen. Die Wahrheit soll aus dem gegenseitigen Verhandeln folgen. Grundprinzip bei dieser Verhandlungsmaxime ist deshalb, dass der Richter nur den Prozessstoff würdigt, der von den Parteien eingeführt und bewiesen wird (2). Um den wahren Sachverhalt auf prozessökonomische Art herauszubekommen, hat sich für den Zivilprozess ein ganz typisches System gebildet. Das System fusst darauf, dass die Parteien bei Meldung des Prozessverlustes gehalten sind, Tatsachen und Beweise zur Begründung ihrer Anträge durch eigene Tätigkeit einzuführen. Es sind gewissermassen zwei Etappen zu unterscheiden (3):

1. Die Parteien behaupten zunächst nur den Sachverhalt, der vorläufig noch unbewiesen ist. Der

(1) vergl. Reuss, Das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Rechte Preussens, 1937, S. 26 ff.; Ule DVBl 54, 143, der sich auf Reuss und auf Schultzenstein bezieht;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 II;

(3) vergl. Sattelmacher, Bericht, Gutachten, Urteil, 21. Aufl., 1955, S. 17 ff.;

§ 23II

Der Richter ist daran gebunden. Aus seinem Wissen darf er nichts dazufügen (*iudex iudicare debet secundum allegata et approbata partium, non secundum conscientiam suam*). Der Richter ist nur auf Grund der richterlichen Fragepflicht gehalten, die Parteien zu veranlassen, alles zur Rechtfertigung ihrer Anträge vorzubringen. In diesem Stadium bietet sich die erste Möglichkeit zu einer Entscheidung zur Sache. Es setzt die sogenannte Schlüssigkeitsprüfung durch den Richter ein, das heisst, die Prüfung, ob die Behauptungen der Parteien bei zutreffender rechtlicher Würdigung auch deren Anträge rechtfertigen (1). Fehlt es bereits bei dem Parteivorbringen an der Schlüssigkeit, dann hat das für die Partei, die unschlüssige Behauptungen vorbrachte, schon in diesem Stadium den Prozessverlust zur Folge. Über die Richtigkeit des Sachvortrages braucht der Richter deswegen nicht erst Beweis zu erheben, da die nicht schlüssigen Behauptungen - auch wenn sie wahr wären - den Antrag der Partei nicht stützen würden. Bringt der Beklagte eine nicht schlüssige Gegendarstellung und der Kläger eine schlüssige Behauptung, dann kann die des Klägers deswegen als wahr unterstellt werden - also auf eine Beweisaufnahme verzichtet werden -, weil es unwahrscheinlich ist, dass der Beklagte wahrheitswidrige Behauptungen des Klägers ohne Gegendarstellung hinnimmt. Die nicht schlüssigen Behauptungen stellen mit grosser Wahrscheinlichkeit auch die Wahrheit dar - weshalb Klageabweisung erfolgen kann -, denn zu ihrem Nachteil stellt eine Partei kaum unwahre Behauptungen auf. Ist das Vorbringen beider Parteien dagegen schlüssig, dann stehen sich zwei streitige Behauptungen gegenüber. Beide Behauptungen können nicht wahr sein. Um zu dem wahren Ergebnis zu gelangen, wird jetzt in das nächste Stadium getreten. Es wird über die Richtigkeit der Parteibehauptungen von den Parteien Beweis angetreten und vom Gericht Beweis erhoben. In diesem Fall kann sich erst in dem zweiten

(1) dazu Sattelmacher, Bericht, Gutachten, Urteil, 21. Aufl. 1955, S. 17 ff.;

§ 23II

Stadium der wahre Sachverhalt ergeben, der dann Entscheidungsgrundlage werden soll.

Bei der Verhandlungsmaxime ist es also schon von Wichtigkeit, dass die Parteien schlüssige Behauptungen aufstellen, da andernfalls der Prozessverlust in der Sache selbst droht. Aus diesem Grund wird die Pflicht zur Aufstellung von Behauptungen auch Behauptungslast genannt (1). Dabei muss die objektive von der subjektiven unterschieden werden. Die objektive Behauptungslast regelt, sie gleicht darin der objektiven Beweislast, wen der Mangel einer schlüssigen Behauptung trifft. Die subjektive Behauptungslast regelt, der subjektiven Beweislast vergleichbar, wer zu behaupten hat. Da aber die behauptungsbelastete Partei durch einfaches Nichtbestreiten auch die Behauptung der anderen Partei zu ihrer eigenen machen kann, kommt der subjektiven Behauptungslast wenig Bedeutung zu. Wenn die behauptungsbelastete Partei allerdings beispielsweise aus Irrtum eine ihr günstige und zur Schlüssigkeit ihrer eigenen Behauptung notwendige Tatsache des Gegners bestreitet, dann muss Klageabweisung erfolgen, da der subjektiven Behauptungslast nicht genügt ist (2). - Bei der Verhandlungsmaxime ist es also möglich, dass allein auf Grund einer wahrheitswidrigen **B e h a u p t u n g** die Klage abgewiesen oder der Anspruch zuerkannt wird. Die ZPO suchte diese Fälle durch Einführen des richterlichen Fragerechts, der Wahrheitspflicht und der Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheins auf ein Minimum zu beschränken. Ausgeschlossen wurde aber damit eine auf Parteiwillen gegründete falsche Entscheidung nicht. Sie müssen eben - wahrscheinlich sind sie sehr selten - in Kauf genommen werden.

2. Wie schon angedeutet, folgt der Stoffsammlung als gewissermassen zweites Stadium die Beweisbeurteilung. Die Parteien haben jetzt den Richter an Hand der durch das Gesetz zugelassenen Beweise von der Wichtigkeit

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 II;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 II 2;

§ 23II

ihrer Behauptungen zu überzeugen. Der Richter muss sich ein Bild von den der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen machen können. Der Ausforschungsbeweis ist verboten. Ist in einem Prozess die Verhandlungsmaxime gänzlich durchgeführt, dann können nur die Parteien Beweis antreten. Nur die Parteien können dann Zeugen und Sachverständige benennen, Urkunden vorlegen und benennen, den Beweis des Augenscheins antreten und die Parteivernehmung beantragen. Im Zivilprozess ist jedoch die Verhandlungsmaxime hier schon durchbrochen. Der Urkundenbeweis, der Sachverständigenbeweis und der Beweis des Augenscheins können vom Gericht ohne Antrag von Amts wegen erhoben werden. Das Gericht muss den angetretenen Beweis erheben, wenn die sogenannte Beweisdürftigkeit vorliegt, sich zwei bestrittene Behauptungen gegenüberstehen (1). Die Beweiserhebung kann trotz Antretung nur dann unterbleiben, wenn es aus irgendwelchen Gründen an der Beweisbedürftigkeit fehlt (2). Nicht beweisbedürftig sind insbesondere die zugestandenen, die nicht bestrittenen und die offenkundigen Behauptungen und diejenigen, für die eine Vermutung streitet. Die ersten beiden Fälle bilden ein typisches Merkmal der Verhandlungsmaxime. Denn es sind allein die Parteien, die durch ihr Verhalten über die Feststellungsbedürftigkeit entscheiden. Es wird durch die blosse Tatsachenbehauptung einer Partei - Geständnis oder Nichtbestreiten - dem Richter die Möglichkeit der Nachprüfung durch Beweiserhebung entzogen; in diesen Fällen werden Tatsachen durch Parteiverhalten als wahr hingestellt. Der Richter ist daran gebunden, es sei denn er weiss genau, dass es die Unwahrheit ist. Diese damit als wahr hingestellten Behauptungen müssen natürlich nicht den Tatsachen entsprechen. Da man auch hier annehmen kann, dass eine Partei kaum Interesse haben wird, auf Grund eines falschen Geständnisses oder durch Nichtbestreiten eine unwahre Urteilsgrundlage zu erlangen, die zu einem nachteiligen

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 113 I;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 113 1-4;

§ 23II

Urteil führen wird, wird hier eine Verdrehung von Tatsachen nur selten vorkommen. Diese wenigen Fälle müssen in Kauf genommen werden.

Es kann sich nun in diesem zweiten Stadium des Prozesses ereignen, dass sich Behauptungen nicht beweisen lassen, dass erhebliche dem Rechtsstreit zugrunde liegende Tatsachen nicht aufgeklärt werden. "Ein solches non liquet in der Tatfrage darf aber nicht zu einem non liquet in der Rechtsfrage führen: Der Richter muss in jedem Falle eine Entscheidung fällen" (1). Das Füllen einer solchen Entscheidung wird dem Richter durch die Beweislastregeln ermöglicht. Durch das Prinzip, dass jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm trägt, wird der Richter in den Stand gesetzt, auch bei einem nicht bewiesenen Sachverhalt eine Entscheidung zu treffen. Der Richter muss nämlich gegen die Partei entscheiden, deren zum Obsiegen notwendige Behauptungen unbewiesen bleiben. Auch hier unterscheidet man eine objektive Beweislast (auch materielle Beweislast oder Feststellungslast) von der subjektiven Beweislast (formelle Beweislast oder Beweisführungslast) (2). Die objektive Beweislast erklärt ebenso wie die objektive Behauptungslast, welche Partei der Nachteil des Nichtbeweisenkönnens trifft. Die subjektive Beweislast regelt, wer durch eigene Tätigkeit den Beweis der streitigen Tatsache liefern muss, um den Rechtsstreit nicht zu verlieren. Die subjektive Beweislast steht aber auch hier im Hintergrund, denn im ordentlichen Prozess werden die auch von der anderen Partei angetretenen und deshalb vom Gericht erhobenen Beweise berücksichtigt. Es braucht nicht immer der Beweislastträger zu sein, der die ungünstigen Folgen der Beweislast durch einen günstigen Beweistritt abwendet. Vermag aber der Beweislastträger den Beweis nicht mindestens auch anzutreten, dann hat das für diesen den Prozessverlust auch dann zur Folge, wenn die

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 I 1;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 I 3 a, b;

§ 23II

andere Partei darüber Beweis antritt. Was auch immer das Ergebnis dieser Beweisantretung sein würde, auf Grund der subjektiven Beweislast darf der Beweis nicht erhoben werden. Daraus folgt, dass bei der subjektiven Beweislast die Beweisantretung mindestens auch von der beweisbelasteten Partei auszugehen hat. Der Beweismittelantritt bei der Parteivernehmung muss sogar allein von der beweisbelasteten Partei ausgehen (§§ 445, 447 ZPO).

III Im Verwaltungsprozess ist der Weg zur Erlangung der Kenntnis des wahren Sachverhalts ein anderer. Man glaubt, sich nicht auf den Widerstreit der Parteien über den Streitstoff allein verlassen zu können. Manbürdet dem Richter die im Zivilprozess den Parteien obliegende Last auf. Der Richter hat den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Der Richter untersucht den Fall wie im Strafprozess. Bei dieser *U n t e r s u c h u n g s*maxime ist deshalb Grundprinzip, dass der Richter Tatsachen und Beweise ohne Rücksicht auf das Parteivorbringen beibringen muss. Das ist nun nicht so auszulegen, dass der Richter sich in aller Regel selbst bemüht, den Stoff beizubringen und für die Beweise zu sorgen. Es ist vielmehr so zu verstehen, dass den Richter letztlich nur die Verantwortung für eine vollkommene Stoff- und Beweisbeibringung trifft. Die Parteien werden selbstverständlich weiterhin die grösste Quelle zur Stoffbeibringung bilden.

Praktisch sieht ein Prozess mit Untersuchungsmaxime folgendermassen aus:

1. Falls die Parteien Behauptungen aufstellen, so ist der Richter nicht mehr daran gebunden. Eine Behauptungslast gibt es nicht mehr (1). Der Richter kann Behauptungen höchstens als Indiz verwerten. Die Schlüssigkeitsprüfung im Sinne des Zivilprozesses fällt weg. Würde der Richter trotzdem auf Grund einer solchen Schlüssigkeitsprüfung eine Entscheidung treffen, dann hätte er ge-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 II 1; BVerwG in NJW 56, 1214;

§ 23III

gen die Untersuchungsmaxime verstossen. Würde nämlich der Richter wegen fehlender Schlüssigkeit im Sinne des Zivilprozesses die Klage zur Sache abweisen, dann hätte er nicht auf Grund des tatsächlich von ihm festgestellten Sachverhalts sondern auf Grund einer blossen Parteibehauptung entschieden. Gerade das will die Untersuchungsmaxime verhindern. Der Widerstreit der Parteien um den Tatsachenstoff ist nicht mehr endgültige Basis zur Erlangung des Sachverhalts, der Entscheidungsgrundlage werden soll. Der Aufstellung gegenseitiger Behauptungen über die Tatsachen bedarf es daher nicht mehr, um den Prozessverlust zu verhindern. Das "1.Stadium" des Zivilprozesses, objektive und subjektive Behauptungslast auf seiten der Parteien und Schlüssigkeitsprüfung durch das Gericht, gibt es damit hier nicht mehr.

2. Über die Beweisbedürftigkeit kann jetzt notwendig nur mehr die Ansicht des Gerichts, nicht etwa eine beiderseitig schlüssige Behauptung, entscheiden (1). Die Parteien können durch Geständnis und Zugestehen nicht mehr die Beweisbedürftigkeit aufheben, so dass darüber ein Beweis nicht mehr erhoben zu werden braucht. Denn Geständnis und Zugestehen haben keine beweiskräftige Wirkung mehr. Offenkundigkeit und Vermutung schliessen allerdings auch hier die Beweisbedürftigkeit aus, doch diese beiden Ausschlussmöglichkeiten unterliegen nicht der Verfügung der Parteien (2). Das Gericht kann sich durch Zeugen, Sachverständige, Augenschein, Urkunden und Parteivernehmung über den wahren Sachverhalt Gewissheit verschaffen, ohne an den Beweisantritt der Parteien gebunden zu sein (3).

Beweislastregeln kennt allerdings auch die Untersuchungsmaxime, Es gibt aber nur eine objektive Beweislast (4). Sie regelt sich generell nach der objektiven Beweislast des Zivilprozesses. Wenn es dem Richter nicht gelingt, einen Sachverhalt aufzuklären, muss er auch im Ver-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 113 II;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 113 II;

(3) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 III 2;

(4) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 I 3^k 3 a;

§ 23III

waltungsrecht wissen, wen die Beweislosigkeit treffen soll. Deshalb gibt es auch bei der Untersuchungsmaxime das Prinzip der objektiven Beweislast. Die subjektive Beweislast fehlt dagegen, denn der Richter ist ja nicht auf die Beweisbeibringung der Parteien angewiesen, die Parteien müssen hier nicht im Streit miteinander den Prozesstoff beibringen (1). Damit ist bei der Untersuchungsmaxime jede für den Richter bindende Einflusnahme der Parteien weggefallen. Der Richter ist in Bezug auf die Beibringung des Prozesstoffs vollkommen frei. Er ist verpflichtet, den Stoff nach Möglichkeit so vollkommen, als es irgend geht, beizubringen; über die Beweisbedürftigkeit des Prozesstoffs entscheidet er selbst. Antriebsfeder zur Stoffbeibringung ist jetzt nicht mehr die **L a s t** der Parteien sondern die **P f l i c h t** des Gerichts. - Die Untersuchungspflicht des Richters kann nur in einem Fall durch Parteiwillen beseitigt werden, nämlich dann, wenn auf Grund der Dispositionsmaxime durch Parteiwillen dem streitigen Prozess vorzeitig ein Ende gesetzt wird. Wird verzichtet, anerkannt oder ein Vergleich geschlossen, dann braucht der Richter den Sachverhalt nicht mehr zu untersuchen. Jetzt kommt es ja nicht mehr zu einem von dem Richter auf Grund des von diesem aufgeklärten Sachverhalts streitigen Urteil. Jetzt wird allein nach dem Willen der Partei - unter Umständen entgegen dem wahren Sachverhalt - entschieden. Um das zu kennzeichnen, sollte kein Anerkenntnis- und Verzichtsurteil ergehen. Ein Urteil deutet doch stets daraufhin, dass unter Berücksichtigung der beigebrachten Tatsachen nach streitiger Verhandlung eine allein vom Richter bestimmte Entscheidung ergangen ist. Wie bei dem Vergleich sollten Anerkenntnis und Verzicht selbst vollstreckbar sein (2), um zu kennzeichnen, dass das Ergebnis nicht auf richterlicher Beurteilung beruht, der eine streitige Verhandlung vorausgegangen ist. Die Dispositionsmaxime kann also zur Aufgabe der Untersuchungsmaxime zwingen. Die Dispositionsmaxime geht der Untersuchungsmaxime vor.

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 114 I 3 b; BVerwG in NJW 56, 1214; Ule DVBl 54, 146; insbes. Dahlinger NJW 57, 7 und 620 als Erwiderung gegen Newerla NJW 57, 619; ferner Tietgen DVBl 57, 84; Hoffmann DVBl 57, 606;

(2) vergl. Seite 55, 56;

§ 24 Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung der von der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime betroffenen Institute.

I An Hand des im vorigen Paragraphen gegebenen Überblicks fallen die Möglichkeiten einer Vereinheitlichung sofort ins Auge.

Was die Behauptungslast und damit die Schlüssigkeitsprüfung bei der Verhandlungsmaxime anlangt, so muss dieser Unterschied zur Untersuchungsmaxime bestehen bleiben. Ohne Behauptungslast der Parteien im Zivilprozess gäbe es keine Verhandlungsmaxime mehr. Damit ist für die Stoffbeibringung - man möchte sagen - eine absolute Grenze der Vereinheitlichung gezogen.

Auch bei der Beweisbeibringung werden durch die Verhandlungsmaxime einer Vereinheitlichung Grenzen gezogen. Die Verhandlungsmaxime gestattet den Parteien nicht nur eine Einflussnahme auf die Stoffbeibringung sondern auch auf die Beweisbeibringung, über die der Richter nicht hinweggehen kann. Im Fall des Geständnisses und des Zugestehens durch Nichtbestreiten wird durch die Parteien dem Richter gewissermassen eine bewiesene Tatsache präsentiert. Für den Richter sind die zugestandenen oder nicht bestrittenen Tatsachen nicht mehr beweisbedürftig. Sie gelten als bewiesen. Diese Möglichkeiten müssen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess genauso belassen werden wie die Schlüssigkeitsprüfung, andernfalls würde die Verhandlungsmaxime zu sehr ihren Charakter verlieren. Wesen der Verhandlungsmaxime ist es doch, dass die Parteien Einfluss auf Stoff- und Beweisbeibringung haben. Das beweiskräftige Geständnis und das beweiswirksame Zugestehen auf Grund Nichtbestreitens können in die Untersuchungsmaxime deshalb nicht eingeführt werden, weil damit der richterlichen Untersuchung Einhalt geboten würde. Hier ist also wieder eine Grenze der Vereinheitlichung sichtbar ge-

§ 24I

worden. Auch durch das Fehlen der subjektiven Beweislast im verwaltungsprozess zeigt sich der Unterschied zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime (1). Dass es im Verwaltungsprozess bei der Untersuchungsmaxime weder eine subjektive noch eine objektive Beweislast gibt, wurde bereits eingangs erwähnt. Einheitlich gilt dagegen die objektive Beweislast.

Nach unserer Betrachtung zeigen sich also zwischen der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime mehr Unterschiede, als man auf den ersten Blick annehmen würde (2).

II Der erste Blick wird nämlich meist auf die in beiden verfahren gleichen Möglichkeiten zur Beweiserhebung von Amts wegen gelenkt (3). Hier liegen in der Tat auch die einzigen Möglichkeiten einer Angleichung. Es gibt im Zivilprozess wie im Verwaltungsprozess den Augenscheins-, den Zeugen-, den Urkunden-, den Sachverständigenbeweis und die Parteivernehmung. Bei einer strikten Trennung Verhandlungsmaxime-Untersuchungsmaxime dürften bei Vorherrschen des einen Prinzips nur die Parteien Beweis antreten, bei Vorherrschen des anderen Prinzips dürfte der Richter auch dann Beweis erheben können, wenn die Parteien den Beweis nicht angetreten haben. Die ZPO hat nun von sich aus dadurch den Weg zu einer Angleichung beschritten, dass sie wie im Verwaltungsprozess dem Richter die Möglichkeit gab, den Augenscheins-, Urkunden- und Sachverständigenbeweis und den Beweis der Parteivernehmung ohne Beweisantritt der Parteien zu erheben (4). Das bedeutet ein Zugeständnis an die Untersuchungsmaxime. Gleichwohl wird damit die Verhandlungsmaxime nicht derart geschwächt, dass sie ihren Charakter verlieren würde. Man muss berücksichtigen, dass der Zivilprozessrichter trotz Anordnung des Augenscheins mit einer Ausnahme kein Recht auf Besichtigung hat (5). Trotz der Möglichkeit, Urkunden von

(1) dem Ule, DVBl 54, 146, allerdings kaum Bedeutung beimisst;

(2) Reuss und Ule (vergl. Seite 191 Fussnote 1) weisen auf die wirklich ins Gesicht fallenden Unterschiede zu wenig hin;

(3) vergl. Ule DVBl 54, 143/4;

(4) vergl. Ule DVBl 54, 143/4;

(5) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 117 II 2;

§ 24II

Amts wegen vorlegen lassen zu können, ist im Zivilprozess für den Urkundsbeweis die Untersuchungsmaxime noch nicht völlig eingeführt (1).

Es fragt sich nun, ob der Zeugenbeweis und die Parteivernehmung nicht auch insoweit der Untersuchungsmaxime zugewandt werden sollen und können, wie es Augenscheins-, Urkunden- und Sachverständigenbeweis schon sind. Es soll in anderen Worten geprüft werden, ob es dem Zivilprozessrichter nicht erlaubt werden soll, den Zeugenbeweis und die Parteivernehmung von Amts wegen anzuordnen.

III Im jetzt herrschenden Zivilprozess unterliegt nur der Zeugenbeweis voll der Verhandlungsmaxime. Dem Richter steht hier in keinem Fall eine Verfügungsbefugnis zu. Der Richter darf Zeugen nicht benennen. Beweis erheben darf er nur nach Beweisantritt der Parteien. Bei allen anderen Beweisarten hat der Richter Einwirkungsmöglichkeiten. Unserer Meinung nach ist es einmal nicht nötig, den Richter von Amts wegen den Zeugenbeweis erheben zu lassen. Die Erfahrung zeigt, dass die Parteien in der Benennung von Zeugen nicht kleinlich sind. Ausserdem scheint es nicht tunlich, dem Richter die Möglichkeit zu geben, den Zeugenbeweis von Amts wegen zu erheben. Würde dem Richter das erlaubt, dann wäre der einzige noch voll unter dem Verhandlungsprinzip stehende Beweis wie alle anderen von der Untersuchungsmaxime durchlöchert. Die auf den Parteien ruhende Beweislast wäre wieder etwas erleichtert. Das alleinige Initiativrecht der Parteien beim Zeugenbeweis sollte nicht zu Gunsten der Untersuchungsmaxime aufgelockert werden. Das Bedürfnis zu einer Auflockerung ist nicht so gross, dass eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime gerechtfertigt wäre. Damit wird hier eine Grenze der vereinheitlichung gezogen.

IV Fraglich ist dagegen, ob nicht bei dem Institut der Partei-

(1) vergl. Naumann DVBl 52, 586, der generell zur vereinheitlichung der Beweise Stellung nimmt;

§ 24 IV

vernehmung eine Vereinheitlichung möglich ist. Die bisherige Regelung in der ZPO ist schwierig und kompliziert (1). Nach dem jetzigen Vorschriften muss der Beweislastträger beantragen, die andere Seite zu vernehmen. Lehnt die andere Partei die Vernehmung ab, dann kann auf Antrag einer Partei, falls von der anderen zugestimmt wird, der Beweislastträger vernommen werden. Letztlich kann das Gericht die Beweisaufnahme aber auch ohne Antrag einer Partei durchführen und sogar beide Parteien vernehmen - ein Zug zur Untersuchungsmaxime -, wenn die bisherigen Ergebnisse der Verhandlung und etwaige andere Beweisaufnahmen zur Beweiswürdigung nicht ausreichen. Rosenberg stellt mit Recht fest, dass es viel einfacher gewesen wäre, wenn das Gesetz stets für jeden Fall die Vernehmung beider Parteien auch ohne Antrag erlauben würde (2). Einmal würde in diesem Fall die Frage des Beweisantritts wegfallen, zum anderen aber würde die Parteivernehmung mehr ausgenutzt werden können. Die Aussagen beider am Prozess interessierter Parteien haben naturgemäss einen grösseren Aussagewert für die Beweisbeibringung als die Aussage einer Partei. Es wäre deshalb angebracht die Vorschriften der §§ 445, 446, 447 ZPO wegzulassen, zumal die Praxis ohnehin häufig der oben angedeuteten Regelung folgt. Was die Parteivernehmung anlangt, so ist damit insoweit eine Vereinheitlichung möglich. Sie ist zum Vorteil der ZPO sogar erwünscht.

Der bereits jetzt schon geltende § 448 ZPO wird mit kleinen Änderungen zur Einführung in alle hier in Frage kommenden Verfahrensarten vorgeschlagen:

Wenn das Ergebnis der Verhandlungen und etwaige andere Beweisaufnahmen nicht ausreichen, um für das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, kann das Gericht die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tat-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 121 II 3;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 121 II 3;

§ 24 IV

sache anordnen.

Was die Stoffbeibringung und die Beibringung der Beweise anlangt, so gibt es also neben den bereits bestehenden einheitlich anzuwendenden Möglichkeiten nur eine Möglichkeit der Vereinheitlichung. Diese hier vorgeschlagene Vereinheitlichung ist jedoch im ganzen gesehen von geringer Bedeutung. Denn noch immer werden im Zivilprozess im Wesen auch die Beweise vom Grundsatz der Verhandlungsmaxime beherrscht werden. Es heisst stets nur, der Richter kann von Amts wegen Beweise erheben, er muss es nicht. Ausserdem können die Parteien trotz Anordnung von Amts wegen verhindern, dass in manchen Fällen Augenschein eingegenommen wird und dass eine Partei vernommen wird (Aus-sageverweigerung). Auch beim Urkundsbeweis spielt die Verhandlungsmaxime noch eine grosse Rolle.

§ 25 Die richterliche Fragepflicht, die Anordnung des persönlichen Erscheinens und die Wahrheitspflicht.

I Die richterliche Fragepflicht - es sollte besser Aufklärungspflicht heissen -, die Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens und die Wahrheitspflicht bilden weder spezielle Vorschriften der Verhandlungsmaxime noch der Untersuchungsmaxime. Alle drei Vorschriften dienen der Aufklärung der "materiellen" Wahrheit. Es ist deshalb nichts dagegen zu sagen, dass sie bereits in allen hier in Betracht kommenden Verfahren angewandt werden.

Wenn diese oben genannten Vorschriften der Untersuchungsmaxime sehr nahe stehen, so können sie in einem verfahren mit verhandlungsmaxime doch deswegen eingeführt werden, weil sie letzten Endes so abgefasst sind, dass sie die Hauptprinzipien der Verhandlungsmaxime nicht verletzen. Die Verfügungsgewalt der Parteien über den Streitstoff wird durch diese Institute nicht beschnitten. Der Richter hat dadurch nur die Möglichkeit bekommen, Hinweise zu geben. Er selbst darf deswegen etwa ihm bekannt gewordenen Streitstoff nicht einführen (1). Der Richter hat nur die Pflicht, auf Grund der ihm im Prozess bekannt gewordenen Tatsachen die Parteien über alle für sie möglichen günstigen Prozesshandlungen aufzuklären, damit möglichst ein der wahren Sachlage entsprechendes Urteil ergehen kann. Er selbst darf die Initiative nicht ergreifen. Die Wahrheitspflicht entspricht nur dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (2). Sie unterstützt den Richter in der Urteilsfindung.

Dass diese Institute auch bei Vorherrschen der Untersuchungsmaxime eingeführt werden können, bedarf keiner Frage. Die untersuchungsmaxime beinhaltet die richterliche Fragepflicht und die Anordnung des persönlichen Erscheinens schon dem Begriff Untersuchung nach. Auf die Wahrheits-

(1) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 II 3 a, 3 a ;

(2) vergl. Rosenberg, Lehrbuch, § 61 VII;

§ 25I

pflicht kann auch die Untersuchungsmaxime nicht verzichten.

- II Die richterliche Fragepflicht und die Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens dienen dazu, die Parteien zur Aufstellung von für sie günstigen Tatsachen anzuhalten. Wie die Wahrheitspflicht dienen diese beide Institute im Endergebnis dazu, möglichst rasch über die wirklichen Sachvorgänge Klarheit zu schaffen, damit der Richter objektiv und subjektiv Rechtsfrieden herstellen kann.

Durch die richterliche Fragepflicht ist der Richter im Zivilprozess verpflichtet worden, mit den Parteien den Sach- und Streitstand zu erörtern. Das Gericht kann die Parteien nur dann auf Mängel ihres Vortrages hinweisen, wenn sich alle Beteiligten über die Sach- und Rechtslage einigermassen auskennen. Die richterliche Fragepflicht ist nicht nur eine Stütze für die Verhandlungsmaxime. Sie gilt gleichermassen für die Dispositionsmaxime. Die Parteien sollen nämlich im Zivilprozess nicht nur angehalten werden, schlüssige Behauptungen vorzubringen und die nötigen Beweise anzutreten. Sie sollen auch sachdienliche Anträge stellen, damit nicht auf Grund von behebbaren, lediglich wegen Unkenntnis falsch oder gar nicht vorgebrachten Anträgen für eine Partei der Prozessverlust eintritt. Der Richter darf allerdings nicht selbst Anträge stellen, Behauptungen vorbringen und Beweise antreten (abgesehen von den im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen). Das muss der Richter nach wie vor den Parteien überlassen, andernfalls würde er den Verhandlungsgrundsatz verletzen. Auf Grund der richterlichen Fragepflicht regt der Richter nur an, die Verfügungsbefugnis bleibt aber bei den Parteien (1). Die Verhandlungsmaxime wird nicht in die Untersuchungsmaxime verkehrt. Die richterliche Fragepflicht steht zwar der Untersuchungs-

(1) vergl. Peters JW 38, 1433;

§ 25II

maxime nahe, gleichwohl bringt sie diese nicht. Der Richter sucht mit Hilfe der Fragepflicht auch im Zivilprozess den wahren Sachverhalt zu ergründen, er muss aber - das ist der Riegel des Verhandlungsgrundsatzes - den Parteien die Entscheidung darüber belassen, was sie als Streitstoff eingeführt wissen wollen und was nicht. Auch bezüglich der Anträge bleibt den Parteien die Verfügungsbefugnis. Damit kann und muss die richterliche Fragepflicht dem Zivilprozess belassen bleiben.

Im Verwaltungsprozess ist der Richter ebenfalls auf Grund der richterlichen Fragepflicht gehalten, mit den Parteien den Sach- und Streitgegenstand durchzugehen und sie auf Mängel ihres Vortrages hinzuweisen. Es gibt aber hier Unterschiede zum Zivilprozess (1). Wegen der Untersuchungsmaxime brauchen die Parteien nur angehalten zu werden, sachdienliche Anträge über den Streitgegenstand zu stellen. Das heisst, die richterliche Fragepflicht kann sich genau genommen nur auf die Dispositionsmaxime beziehen. Die Untersuchungsmaxime beinhaltet nämlich an sich schon die richterliche Fragepflicht insoweit, als sie sich auf die Stoff- und Beweisbeibringung bezieht. Der Richter muss doch den Sachverhalt von Amts wegen erforschen. Dazu kann und muss er in jeder Hinsicht die Parteien benutzen. Es kommt nicht mehr allein darauf an, was die Parteien behaupten und als Streitstoff einführen. Der Richter muss alles Notwendige selbst beibringen. Das bedeutet, dass der Richter die Parteien nicht nur anhalten darf, alles Erforderliche an Streitstoff aufzuzählen, ohne selbst über die Einführung dieser Tatsachen entscheiden zu können. Er muss jetzt das von den Parteien Aufgezählte notfalls selbst als Prozessstoff einführen. Aus diesem Grund wäre es an sich nicht notwendig, in einer eigenen Vorschrift noch einmal darauf hinzuweisen, dass der Richter wegen der Aufklärung des Sachverhalts die Parteien zur Stellung von Anträgen und Behauptungen veranlassen muss. Bei der

(1) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 112 Anm. 4;

§ 25II

Untersuchungsmaxime kann der Richter eben nicht nur unbeschränkt zu Erklärungen auffordern, sondern sogar auch in konsequenter Weiterführung des Untersuchungsprinzips das Erfragte selbst als Prozesstoff einführen. Trotzdem kann es nichts schaden, wenn in einer Vorschrift auch im Verwaltungsprozess besonders darauf hingewiesen wird, dass die Parteien zu Erklärungen anzuhalten sind. Wenn die Parteien auch nicht mehr gezwungen sind, bei Meidung des Prozessverlustes den Prozesstoff durch eigene Tätigkeit beizubringen, so sollen sie im Interesse des ganzen doch soweit als möglich angehalten werden, eine eigene Tätigkeit zu entfalten. Dass der Richter die Parteien über den Sach- und Streitstand unterrichtet, entspricht nur der Billigkeit.

Die richterliche Fragepflicht kann deshalb vereinheitlicht werden. Die §§ 87 Abs. 3 VGO, 74 Abs. 3, 4 FGO und 106 Abs. 1 sowie 112 Abs. 2 SGG enthalten schon die gleichen Normen, wenn man davon absieht, dass die VGO und die FGO nichts davon erwähnen, dass die Richter mit den Parteien den sach- und Streitstand zu erörtern haben. Um auch das in der VGO und der FGO zu berücksichtigen und um eine zweckdienliche umfassende Formulierung für alle Verfahren zu bringen, wird die Einführung des Textes von § 139 ZPO an Stelle der Vorschriften der §§ 87 Abs. 3 VGO, 74 Abs. 3 FGO und 106 Abs. 1 sowie 112 Abs. 2 SGG vorgeschlagen.

III Die Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens kann eigentlich ohne Diskussion als mit beiden Stoffbeibringungsmaximen vereinbar bezeichnet werden. Dieses Institut ist ausser in der FGO bereits in der ZPO (§ 141), dem AGG (§ 51), der VGO (§ 96) und dem SGG (§ 111 Abs. 1, 3) eingeführt. Der Einführung dieser Vorschrift in die FGO stehen - soweit ersichtlich - keine Bedenken entgegen. Über den Weg der Generalklausel könnte man die

§ 25III

Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens ohnehin jetzt schon als Bestandteil der FGO betrachten.

Die Anordnung des persönlichen Erscheinens ist nicht mit der Parteivernehmung oder einem Beweis zu verwechseln. Mit diesem Institut wird lediglich dem Richter die Möglichkeit gegeben, einen persönlichen Eindruck zu gewinnen und im oben geschilderten Sinn auf die Partei einzuwirken.

Da Gründe gegen eine Vereinheitlichung nicht zu finden sind, kann es sich hier nur noch darum handeln, eine einheitliche Formulierung zu finden. Es wird vorgeschlagen, den § 141 ZPO in allen hier in Frage stehenden Verfahren einzuführen.

- IV Die Wahrheitspflicht hat besondere Bedeutung für den Zivilprozess. Damit soll die Prozesslüge, die allzu leicht zu einem den Tatsachen nicht entsprechenden Urteil führen kann, bekämpft werden. Die Wahrheitspflicht bildet zur Verhandlungsmaxime eine notwendige Ergänzung (1).

Die Wahrheitspflicht muss aber auch für die Untersuchungsmaxime Geltung haben. Die Untersuchungsmaxime gibt den Parteien nicht einfach das Recht zu lügen, weil der Richter verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Da der Verwaltungsprozess wie der Zivilprozess als Zweiparteienprozess betrachtet werden muss, kann der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ausgeschlossen werden. Dieser Grundsatz muss deshalb auch im Verwaltungsprozess gelten. Da die Wahrheitspflicht aber als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben zu bewerten ist, kann der Verwaltungsprozess nicht auf die Wahrheitspflicht verzichten.

Für das SGG ist die Geltung der Wahrheitspflicht über den Weg des § 202 bereits anerkannt (2). Aus diesem Grund wird man annehmen können, dass die Wahrheitspflicht durch Verweisung auch für die VGO und die FGO gelten soll.

(1) vergl. Lent, JW 33, 2674;

(2) vergl. Peters-Sautter-Wolff, SGG, Vorbemerkungen zum zweiten Teil von § 60.

§ 25IV

Damit gilt die Wahrheitspflicht bereits in allen hier in Frage stehenden Verfahrensordnungen. Blosser Hinweis in Kommentaren für die Gültigkeit des Wahrheitsgrundsatzes genügen unserer Meinung nach nicht. Eine positive Vorschrift in allen hier in Frage kommenden Verfahren wird der Bedeutung dieses Grundsatzes eher gerecht. Der Einheitlichkeit wegen wird vorgeschlagen, in die Verfahren, die eine ausdrückliche Vorschrift noch nicht besitzen, eine dem § 138 Abs. 1 ZPO gleichlautende Formulierung einzuführen.

S c h l u s s

§ 26 Ergebnis.

I Auf Grund der vorliegenden Arbeit ergibt sich, dass bezüglich des Prozesszwecks, des Grundsatzes der Disposition über den Streitgegenstand und des Streitgegenstandes eine Vereinheitlichung möglich ist. Eine Grenze der Vereinheitlichung ergab sich bezüglich des Grundsatzes über die Verfügung der Stoff- und Beweisbeibringung.

Die Möglichkeiten und Grenzen der von den genannten prozessualen Grundsätzen betroffenen Institute richten sich mit einigen Ausnahmen nach den Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung dieser prozessualen Grundsätze. - Bei den vom Prozesszweck - der Dispositionsmaxime und dem Streitgegenstand - betroffenen Instituten ist bis auf die Klagarten, das Versäumnisverfahren und den Inhalt der Klageschrift eine Vereinheitlichung möglich. Grenzen für die Vereinheitlichung des Versäumnisverfahrens und des Inhalts der Klageschrift folgen allein daraus, dass hier auch der Grundsatz der Verrückung über die Stoff- und Beweisbeibringung eine Rolle spielt und dieser Grundsatz nicht einheitlich eingeführt werden kann. Die Grenzen bei der Vereinheitlichung der Klagarten ergaben sich aus den Eigenarten des Verwaltungsinsbesondere des Sozialrechts. Aber auch bei den Klagarten ist eine einheitliche dogmatische Einteilung möglich. Bei den von der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime betroffenen Instituten ergaben sich trotz genereller Grenzen einige Möglichkeiten der Vereinheitlichung.

Bei Vorliegen von Grenzen besteht aber mit einer Ausnahme wiederum die Möglichkeit der Vereinheitlichung innerhalb der Verfahren des bürgerlichen Rechts und innerhalb der Verfahren des Verwaltungsrechts. Nur bei den Klagarten müssten wegen des besonderen Charakters des
Sozialrechts

§ 26I

auch innerhalb der Verfahren des Verwaltungsrechts verschiedene Regelungen in Kauf genommen werden. - Daraus folgt, dass die vorliegenden fünf Verfahrensordnungen zumindest nach den hier gewonnenen Ergebnissen wenigstens in zwei Verfahrensordnungen - in eine für das bürgerliche Recht und in eine für das Verwaltungsrecht - zusammengeschlossen werden könnten und sogar diese beiden Verfahrensordnungen noch weitgehend einheitlich wären. Die Unterschiede innerhalb der Verfahren des Verwaltungsrechts sind so unbedeutend, dass sie eine einheitliche Verfahrensordnung für das Verwaltungsrecht nicht verhindern können.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass infolge des Überwiegens der Möglichkeiten der Vereinheitlichung zu Gunsten einer einheitlichen Rechtsprechung und der Verminderung der Rechtsunsicherheit ein Ansporn gegeben sein sollte, an die Vereinheitlichung der deutschen Verfahrensordnungen heranzugehen.

II Durch vorliegende Arbeit ist aber noch ein Weiteres deutlich geworden: Der Zusammenhang zwischen Prozesszweck, Dispositionsmaxime und Streitgegenstand. Es hat sich gezeigt, dass der Prozesszweck - auf dem materiellen Recht aufbauend - die Disposition über den Streitgegenstand und den Streitgegenstand weitgehend bestimmt. Auch das subjektive Recht zeigte sich hier für zwei Institute als wesentlich: Für die Prozessführungsbefugnis und für die Sachlegitimation. Es würde schliesslich ausserdem erneut deutlich, dass eine strenge Trennung zwischen der Verfügung über den Streitgegenstand und der Verfügung über den Streitstoff geboten ist.

Lebenslauf

Am 21.5.1932 wurde ich in Gera/Thüringen geboren. Ich wurde evangelisch - lutherisch getauft. In bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach Abschluss der 4.Volksschulklasse besuchte ich die humanistischen Gymnasien Gera und Coburg bis zur Reifeprüfung im Jahre 1951. Mit dem Wintersemester 1951/2 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen. An dieser Universität blieb ich, mit Ausnahme eines zweisemestrigen Studiums an der Cornell University, N.Y., bis zur ersten juristischen Staatsprüfung im Herbst 1955.

Am 1.2.1956 begann ich in Bayern den juristischen Vorbereitungsdienst, in dem ich mich noch befinde.

